Anthin Lathifah

Hukum Perkawinan Beda Agama di Indonesia

Perspektif Teori Kontrak Sosial

Mutiara Aksara

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI

WALISONGO

SEMARANG – INDONESIA

Anthin Lathifah

HUKUM PERKAWINAN BEDA AGAMA DI INDONESIA

PERSPEKTIF TEORI KONTRAK SOSIAL

Mutiara Aksara

Hukum Perkawinan Beda Agama di Indonesia: Perspektif Teori Kontrak Sosial

Penyusun : **Anthin Lathifah**

Editor : Slamet Hardjono

Layout : Arif

Perwajahan : Armawan

Desain cover : Sucipto

Penerbit Mutiara Aksara
Perum Sembungharjo Blok B No. 5
Sembungharjo, Genuk, Semarang 50116
Telp. (024) 76587188

ISBN : 978-623-7319-92-4

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur penulis panjatkan ke hadirat Allah SWT., atas rahmat dan hidayah-Nya buku yang merupakan hasil penelitian ini dapat terdomumentasikan, walaupun hasilnya jauh dari sempurna. Shalawat serta salam senantiasa tercurah kepada Nabi Agung Muhammad SAW., sebagai uswah hasanah bagi umatnya.

Buku yang berjudul "Hukum Perkawinan Beda Agama di Indonesia: Perspektif Teori Kontrak Sosial" ini, merupakan hasil penelitian penulis tentang perkawinan beda agama di Indonesia, yang masih menimbulkan masalah hukum baik secara normatif ataupun prosedural. Oleh karenanya buku ini menawarkan bagaimana hukum perkawinan agama di Indonesia dilihat dalam perspektif sosial kontrak dengan pendakatan historis dan normatif. Di samping itu apakah ketentuan hukum tentang perkawinan beda agama sesuai dengan nilai-nilai keadilan bagi seluruh warga negara sebagaimana diamanatkan oleh Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 baik keadilan prosedural, distributif maupun normatif.

Penulisan ini tidak mungkin selesai tanpa adanya bantuan dari beberapa pihak. Oleh karenanya penulis mengucapkan terima kasih dan penghargaan yang

setinggi-tingginya kepada Pimpinan Fakultas Syari'ah dan Hukum dan Pimpinan LP2M UIN Walisongo Semarang yang telah memberi kepercayaan kepada penulis untuk menerbitkan buku ini.

Selanjutnya ucapan terimakasih tak terkira penulis ucapkan kepada Kedua Orang Tua Penulis, Keluarga dan semua pihak yang telah membantu terselesaikannya buku ini. Semoga Allah SWT membalas budi baik mereka dengan limpahan kebaikan, jazakumullah ahsanal jaza'.

Akhirnya penulis menyadari bahwa buku ini jauh dari sempurna. Namun demikian semoga menjadi salah satu perspektif yang bermanfaat untuk keilmuan hukum di Indonesia dan menjadi amal jariyah yang pahalanya terlimpah pada penulis dan pembacanya. Amin ya Rabbal alamin.

Semarang, Juni 2020

Anthin lathifah

DAFTAR ISI

Kata Pengantar … **iii**

Daftar Isi … **v**

Bagian Satu
Perkawinan Beda Agama di Indonesia
Batasan Masalah … **8**
Masalah, Tujuan, dan Manfaat … **9**
Kajian-kajian Terdahulu … **11**
Kerangka Teori … **16**
Metode Kajian … **20**
Data-Data dalam Kajian … **21**

Bagian Dua
Proses Penentuan Undang-Undang dan Teori Kontrak Sosial
Proses Pengolahan Rancangan Undang-undang menjadi Undang-undang … **25**
Teori Kontrak Sosial … **31**
1. Jean-Jacques Rosseau … **31**
2. Hobbes … **39**
3. John Rawls … **41**
4. Kontrak Sosial dalam Hukum di Indonesia … **49**

Bagian Tiga
Hukum Perkawinan Beda Agama dalam Perspektif Teori Kontrak Sosial
1. Pengertian Perkawinan Beda Agama … **69**
2. Kedudukan dan Legalitas Perkawinan Beda Agama di Indonesia … **73**

Sistem Administrasi dan Mekanisme Perkawinan Beda Agama di Indonesia … **81**
Proses Penentuan Hukum Perkawinan Beda Agama dalam Undang-Undang Perkawinan No 1 Tahun 1974 … **117**

Bagian Empat
Proses Penentuan Hukum Perkawinan Beda Agama Dalam Perspektif Kontrak Sosial
Keadilan dalam Hukum Perkawinan Beda Agama di Indonesia … **101**
Prinsip Keadilan dalm Proses Penetapan Hukum Perkawinan Beda Agama di Indonesia … **107**

Bagian Lima
Penutup
Kesimpulan … **113**
Rekomendasi … **115**

Daftar Pustaka … **116**

BAGIAN SATU

PERKAWINAN BEDA AGAMA DI INDONESIA

Perkawinan beda agama di Indonesia hingga saat ini masih menyisakan masalah baik dalam tataran normatif maupun dalam tataran implementatif. Dalam tataran normatif, aturan perkawinan beda agama yang terdapat dalam Undang-undang Perkawinan masih ambigu, karena di satu sisi pasal 2 ayat (1) menjelaskan bahwa "perkawinan adalah sah apabila sesuai dengan agama dan kepercayaannya", namun di sisi lain Pasal 21 Undang-undang Perkawinan tersebut menjelaskan ketentuan yang harus dilakukan oleh pasangan yang terdapat larangan perkawinan walaupun tidak secara jelas menyebutkan larangan perkawinan beda agama. Di samping itu masih terjadi perbedaan dalam mensikapi ketentuan perkawinan beda agama yang terdapat dalam staatsblad 1898 No. 158 apakah termasuk dalam kenentuan yang dihapus sebagaimana pasal 66 Undang-undang perkawinan No. 1

Tahun 1974 atau justru masih berlaku karena secara administratif mekanisme pencatatan perkawinan beda agama diatur dalam pasal 56 Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 tentang administrasi kependudukan.

Adapun dalam tataran implementasi di lapangan terjadi atau tidaknya perkawinan pasangan beda agama sangat tergantung kepada kebijakan yang diberikan oleh para penegak hukum dan pemuka agama masing-masing. Kebijakan hukum tersebut juga karena dipengaruhi oleh penafsiran terhadap ketentuan agama dan undang-undang terkait yang berlaku di Indonesia.[1]

Keadaan tersebut menurut Ratno Lukito bahwa sebenarnya sejak Tahun 1974 tidak ada aturan hukum yang pasti untuk pernikahan antara laki-laki dan perempuan yang berlainan agama di Indonesia, sehingga terjadi kekosongan hukum,[2] dalam bahasa Mark Cammack bahwa

[1] Lihat. Anthin Lathifah dkk, *Perkawinan Beda Agama di Jawa Tengah (Kajian Kebijakan Hukum terhadap Pelaksanaan Pekrkawinan Beda gama di Jawa Tengah)*, Penelitian Diktis Kementerian Agama, 2013

[2] Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum sekuler Studi tentang Konflik dan Resolusi Sistem Hukum di Indonesia*, Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008, hal. 420-429.

di Indonesia tidak ada pelegalan secara langsung perkawinan beda agama, sehingga perkawinan yang dilakukan oleh orang yang berbeda agama tidak boleh dilakukan di Indonesia.[3]

Dalam tataran epistemologis, secara konstitusional Negara hanya melegalkan perkawinan seagama dan tidak melegalkan perkawinan beda agama. Hal tersebut sebagaimana tertera dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 yang berarti bahwa pernikahan yang sah adalah pernikahan yang dilakukan oleh laki-laki dan perempuan yang seagama dalam lingkup agama yang dianggap sah menurut Negara yakni Islam, Kristen Katholik, Protestan, Budha, Hindu dan Konghucu. Padahal Pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 28B Undang-Undang Dasar 1945 yang menyebutkan bahwa "Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah". Kemudian Pasal 28E "setiap orang bebas memeluk agama

[3] Mark Cammack, "Legal Aspect of Muslim-Non Muslim Marriage in Indonesia," dalam Gavin Willis et.al (Ed.) *Muslim-Non Muslim Marriage: Political and Cultural Contestation in Southeast Asia*, Singapore: Iseas Publishing, 2009, hal 102-103.

dan beribadat menurut agamanya …". Selanjutnya Pasal 29 ayat (2) " Negara menjamin kemerdekaan setiap warga Negara untuk memeluk agamanya masing-masing.[4]

Bahkan menurut Mahfudz MD, Indonesia bukanlah Negara Islam ataupun Negara sekuler, melainkan Negara Pancasila,[5] sementara menurut Abdurrahman Wahid sebagaimana dikutip Seo menyebut bahwa Indonesia berfaham sekularisme ringan (*mild secularism*) atau sekularisme religius atau mirip dengan sekularisme moderat dalam bahasa Levey dan Modood (2008).[6]

---

[4] Ketentuan pasal-pasal tersebut sebagaimana terdapat dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia hasil amandemen Undang-Undang Dasar 1945 keempat. Lih. Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2011.

[5] Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: PT. Raja Grafindo persada, 2011, hal. 281 .

[6] Lihat: Myengkyo Seo, "Defining 'religious' in Indonesia: Toward Neither an Islamic nor a Secular State", dalam *Citizenship Studies,* Vol. 16, No. 8. December 2012, hal. 1045–1058 Downloaded by [Universiteit Leiden / LUMC] at 04:23 17 January 2013.

Keadaan tersebut berimplikasi pada legal formal konstitusi yang seharusnya berlaku di Indonesia, Mahfudz menyebut tidak memungkinkan hukum Islam diberlakukan secara utuh dan formal, namun yang memungkinkan adalah menjadikan hukum Islam sebagai nilai yang diaplikasikan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.[7]

Keadaan demikian tentu harus dirunut bagaimana sebenarnya secara historis pemerintah (legislatif dan eksekutif) dan masyarakat melakukan kesepakatan sosial (*social contract*) dalam hal yang terkait dengan penetapan hukum perkawinan beda agama, karena secara normatif lahirnya sebuah tatanan hukum bertujuan untuk memberi rasa adil kepada seluruh masyarakat.[8]

Teori kontrak sosial sebenarnya untuk melihat sejauh mana terjadi kesepakatan dalam pembuatan tatanan hukum tentang perkawinan beda agama. Apakah produk undang-undang perkawinan yang dalam tataran

[7] Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum*…., hal. 281 .

[8] Yakni keadilan yang tidak hanya melihat pada proses pembentukannya, tetapi juga keadilan dalam pendistribusian hukum tersebut kepada seluruh masyarakat (Lih. John Rawls, *The Theory of Justice*, United States of America: Harvard University Press, 2003.

implementasinya masih menyisakan masalah karena tidak adanya kesepakatan hukum yang dibuat oleh legislatif, persiden sebagai eksekutif dan masyarakat? Permasalahan tersebut menjadi penting untuk melihat bagaimana implikasi aturan tersebut dapat memberi rasa keadilan terhadap masyarakat.

Ada beberapa teori yang terkait dengan teori kesepakatan sosial baik Grotius (1583-1645), Pufendorf (1632-1694), Hobbes (1588-1679) John Locke (1632-1704) dan Jean Jacques Rousseau (abad ke 17). Namun di antara mereka, teori kontrak sosial Rousseau diakui Anne Godignon dan Jean-Louis Thiriet sebagai yang paling sesuai dengan fakta sosial dan masuk akal, karena walaupun semua mengakui kebebasan setiap individu untuk memiliki hak suara, tetapi hanyalah Rousseau yang memandang bahwa kontrak politik harus dibangun antara individu dengan kolektifitas dimana individu tersebut menjadi bagian dari kolektif, kemudian individu wajib mengorbankan kehendaknya demi kehendak dan kepentingan umum. Berbeda dengan tesis Grotius, Pufendorf ataupun Locke yang melihat bahwa kontrak

sosial terjadi antara individu dengan seorang pribadi karena kontrak memiliki kekuasaan berdaulat, demikian pula Hobbes yang berpendapat bahwa kontrak terjadi antara individu dengan otoritas pihak ketiga sebagai penjamin.[9]

Di samping itu teori kontrak sosial juga dikemukakan oleh John Rawls. Bagi John Rawls kontrak sosial sebuah institusi merupakan hasil dari kesepakatan-kesepakatan publik yang berdasar pada keadilan distributif. Artinya keadilan sosial merupakan struktur dasar masyarakat serta institusi-institusi masyarakat dalam sebuah kerja sama untuk mendistribusikan hak dan kewajiban serta menentukan pembagian kenikmatan dan beban hidup sosial.[10]

Dengan deskripsi di atas, penting dibahas secara historis bagaimana hukum normatif yang terkait dengan perkawinan beda agama dibuat oleh para pemangku kekuasaan dalam hal ini legislatif dan eksekutif yang

[9] Lih. Jean Jacques Rousseau, *On The Social Contract*, (Terj. Rahayu surtiati Hidayat dan Ida Sundari Husen, Jakarta: Penerbit Dian Rakyat, 2010, hal. xxvii-xxxiii.

[10] John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, hal. 53-54.

mengeksekusi dan menjadikan hukum tersebut sebagai acuan dan landasan hukum bagi masyarakat.

Teori kontrak sosial merupakan penjabaran dari bagaimana penguasa negara dalam hal ini pihak legislatif yang memproduk hukum dan eksekutif yang mengabsahkannya berelasi dengan masyarakat dalam membuat kesepakatan tentang hukum perkawinan beda agama.

Batasan Masalah

Negara Indonesia bukanlah negara agama ataupun negara komunis, namun Indonesia merupakan negara yang berdasar pancasila yang berlandaskan pada ketuhanan, kemanusiaan, persatuan, permusyawaratan dan keadilan sosial.[11] Ini artinya semua hukum tidak akan lepas dari kelima ketentuan tersebut sebagai konsekwensi dari dasar hukum yang telah disepakati.

[11] Terkait konteks historis dan penafsiran kelima isi dari dasar negara Pancasila tersebut, lih. Yudi Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas dan Aktualitas Pancasila*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2012. Lihat pula Kaelan, *Negara Pancasila: Lultural, Historis, Filosofis, Yuridis dan aktalisasinya*, Yogyakarta: Paradigma, 2013.

Dalam konteks politik hukum, pembentukan hukum terkait perkawinan beda agama yang dilakukan oleh negara, yakni dilakukan oleh kekuasaan legislatif dan disetujui serta disahkan oleh presiden sebagai lembaga eksekutif, hingga saat ini masih mengalami problem dan beberapa permasalahan baik dalam tataran penyusunannya apakah sesuai dengan kehendak rakyat. Demikian pula apakah sesuai dengan landasan epistemologi, nomatif maupun dalam tataran pelaksanaannya di lapangan dianggap adil.

Dengan keadaan tersebut, penting melihat perjalanan historis bagaimana proses pembuatan hukum yang terkait dengan perkawinan beda agama, sejauh mana proses pembentukan hukum perkawinan beda agama dilihat dari perspektif kontrak sosial untuk terciptanya keadilan sosial. Dalam batasan-batasan itulah pembahasan dalam buku ini disajikan.

Masalah, Tujuan, dan Manfaat

Berangkat dari latar belakang tersebut, masalah utama permasalahan yang penting dibahas adalah apakah hukum

tersebut benar-benar merupakan hasil kesepakatan bersama dan apakah hukum tersebut dapat menciptakan rasa keadilan masyarakat sebagaimana tujuan hukum dibentuk. Selain itu bagaimana proses perumusan ketentuan hukum tentang perkawinan beda agama terjadi di Indonesia dan bagaimana proses perumusan hukum terkait perkawinan beda agama dilihat dari perspektif kontrak sosial.

Adapaun tujuan pembahasan ini adalah : 1) Untuk mendeskripsikan ketentuan hukum perkawinan beda agama di Indonesia; 2) Untuk mendeskripsikan proses perumusan ketentuan hukum tentang perkawinan beda agama di Indonesia; 3) Untuk mengetahui sejauh mana proses perumusan hukum perkawinan beda agama dilihat menurut perspektif kontrak sosial.

Adapun signifikansi pembahasan ini adalah: 1) dapat dijadikan data historis tentang proses pembentukan hukum perkawinan yang terkait dengan perkawinan beda agama di Indonesia dilihat dari perspektif teori kontrak sosial; 2) menjadi salah satu bahan kebijakan strategis bagi pemerintahan dalam mereview dan mempertimbangkan

ketentuan perkawinan beda agama yang terdapat dalam hukum perkawinan yang ada agar sesuai dengan landasan epistemologi dan konteks keadilan (3) menjadi salah satu sumber informasi dan referensi bagi para peneliti muda yang meneliti tema-tema terkait.

Kajian-Kajian Terdahulu

Pembahasan terkait pernikahan beda agama sudah banyak dilakukan oleh para peneliti terdahulu. Namun penelitian ini penelitian ini berbeda karena melihat perspektif historis yang telah dilakukan negara dalam merumuskan ketentuan hukum tentang perkawinan beda agama dilihat dari perspektif teori kontrak sosial. Adapun beberapa penelitian terkait perkawinan beda agama yang sudah dilakukan diantaranya;

Suhadi dalam penelitiannya "Kawin Lintas Agama Perspektif Kritik Nalar Islam", disimpulkan bahwa sebenarnya wacana fiqh yang tidak tunggal memberi ruang untuk terbukanya perbedaan pemahaman tentang nikah beda agama, karena perbedaan wacana akan men-dewasakan pemikiran Islam yang berpangkal pada

religiusitas. Namun menurutnya, selama ini umat Islam terkungkung dalam "nalar politik agama" sehingga sulit menuju "nalar religi" yang lebih jernih.[12]

Budi Hardiyanto dalam "Perkawinan Beda Agama dalam Syari'at Islam", menganalisis secara normatif aturan dan praktek pernikahan beda agama dalam perspektif hukum Islam serta alasan-alasan berkembangnya pendapat yang membolehkan perkawinan beda agama. Di samping itu berdasarkan perspektif islamis, Hardiyanto menganggap maraknya perkawinan beda agama yang ada di Indonesia disebabkan menyebarnya faham prularisme dan liberalisasi agama terutama yang dilancarkan oleh Jaringan Islam Liberal dan lain-lain.[13]

Ahmad Nurcholis dalam *Memoir Cintaku; Pengalaman Empiris Pernikahan Beda Agama,* mendeskripsikan perjalanan Nurcholis mendapatkan cinta Mei Yong yang beragama

[12] Suhadi, *Kawin Lintas Agama Perspektif Kritik Nalar Islam*, Yogyakarta: LKiS, 2006.

[13] Budi Hardiyanto, *Perkawinan Beda Agama dalam Syari'at Islam*, Khairul Bayan, 2003.

Konghucu dengan segala kendala dan problem hukum yang dihadapinya.[14]

Musdah Mulia, Ahmad Baso dan Ahmad Nurcholis dalam bukunya *Pernikahan Beda Agama: Kesaksian, Argumen Keagamaan dan Analisis Kebijakan*, meneliti beberapa kesaksian dari para pelaku perkawinan pasangan beda agama serta argumentasi keagamaan yang dibangun oleh mereka ketika mengambil keputusan untuk melakukan perkawinan beda agama dan kebijakan yang diterima oleh para pelaku perkawinan beda agama dari perspektif para pelaku perkawinan pasangan beda agama.[15]

Gavin W. Jones, Heng Leng Chee, Maznah Mohamad sebagai editor buku yang berjudul "*Muslim-Non-Muslim Marriage: Political and Cultural Contestations in Southeast Asia*".[16] Dalam buku tersebut dijelaskan beberapa tulisan

[14] Ahmad Nurcholis, *Memoir Cintaku; Pengalaman Empiris Pernikahan Beda Agama,* Yogyakarta: LKiS, 2004.

[15] Musdah Mulia, Ahmad Baso dan Ahmad Nurcholis dalam bukunya "*Pernikahan Beda Agama: Kesaksian, Argumen Keagamaan dan analisis kebijakan*, Jakarta: Komnas HAM-ICRP, 2005.

[16] Gavin W. Jones, Heng Leng Chee, Maznah Mohamad, *Muslim-Non-Muslim Marriage: Political and Cultural Contestations in Southeast Asia*, Singapore: Iseas Publishing, 2009.

tentang diskursus perkawinan muslim dan non muslim dilihat dari perspektif budaya, hukum dan politik yang ada di Asia Tenggara seperti Malaysia, Thailand, Singapore dan Indonesia. Ada beberapa tulisan yang secara khusus membahas perkawinan muslim dan non muslim di Indonesia seperti "*Trapped between Legal Unification and Pluralism: The Indonesian Supreme Court's Decision on Interfaith Marriage* yang ditulis oleh Ratno Lukito. Dalam tulisannya Lukito menjelaskan adanya ketidakpastian negara dalam menentukan hukum perkawinan antar agama, sebagaimana kasus Andi Vony yang berjuang untuk melakukan perkawinan dimulai dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang menolak hingga Mahkamah Agung yang akhirnya mengabulkan permohonan izin perkawinan beda agama tersebut. "*Legal Aspects of Muslim-non-Muslim Marriage in Indonesia*" yang ditulis oleh Mark Cammack yang menjelaskan aspek legal dalam perkawinan beda agama yang ada diIndonesia terutama sejak lahirnya Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974. *Not Muslim, Not Minangkabau": Interreligious Marriage and its Cultural Impact in Minangkabau Society*" yang ditulis oleh Mina Elfira

menjelaskan bahwa hukum adat Minangkabau hanya menghendaki perkawinan muslim hanya dengan muslimah, sehingga ketika perkawinan dilakukan antara orang muslim dengan seseorang yang berlainan agama akan mengakibatkan pengakuan sebagai warga Minangkabau hilang. Di samping itu Elfira juga menyebutkan beberapa akibat yang dilakukan oleh seorang muslim yang menikah dengan agama lain. Terakhir, *The Politico-Religious Contestation: Hardening of the Islamic Law on Muslim-non-Muslim Marriage in Indonesia*, yang ditulis oleh Suhadi Chalil yang menjelaskan perebutan antara agama dan politik dalam menentukan hukum dalam perkawinan muslim dan non muslim.

Kebijakan hukum perkawinan beda agama di Jawa Tengah oleh Anthin Lathifah, mendeskripsikan kebijakan hukum dari para penegak hukum di Semarang, Jepara dan Surakarta.

Penelitian ini mengkaji politik hukum secara historis, yakni bagaimana proses perumusan hukum yang terkait perkawinan beda agama dalam perspektif teori kontrak sosial.

Kerangka Teori

Perkawian beda agama merupakan perkawinan yang dilakukan oleh pasangan laki-laki dan perempuan yang berlainan agama. Perkawinan beda agama dalam istilah staatblad Tahun 1898 N0. 158 disebut dengan perkawinan campuran yang tidak hanya terdiri dari perkawinan antara pria dan wanita yang berbeda warga Negara ataupun beda budaya, tetapi juga beda agama sebagaimana diatur dalam Staatsblad 1898 No. 158 Pasal 1 yang menjelaskan bahwa "perkawinan campuran ialah perkawinan antara orang-orang yang di Indonesia tunduk kepada hukum-kuhum yang berlainan". Ini mengandung arti bahwa perkawinan campuran tidak hanya menyangkut perbedaan Negara, tetapi juga perbedaan suku bahkan perbedaan agama. Penjelasan tersebut dapat dilihat pada Pasal 7 ayat (2) yang menyebutkan bahwa "perbedaan agama, bangsa atau asal usul itu sama sekali bukan menjadi halangan untuk perkawinan itu."

Perkawinan beda agama secara administratif ditentukan dalam Undang-Undang Nomor. 23 tahun 2006

Pasal 9 ayat (10) huruf b yang menjelaskan kewenangan instansi pelaksana administrasi kependudukan bahwa "...memperoleh data mengenai peristiwa penting yang dialami penduduk atas dasar putusan atau penetapan pengadilan". Dengan ketentuan tersebut maka perkawinan beda agama selanjutnya dicatatkan di catatan sipil setelah mendapatkan penetapan dari Pengadilan Negeri.

Adapun kontrak sosial merupakan suatu upaya untuk melihat kesepakatan-kesepakatan yang terjadi dalam masyarakat dalam menentukan suatu keputusan dalam perspektif politik hukum, yakni sejauh mana timbal balik antara penguasa dan masyarakat dalam melakukan suatu tatanan hukum sebagai akibat dari adanya hak dan kewajiban yang timbul dari adanya kontrak sosial.

Kontrak sosial sangat dipengaruhi oleh kedudukan individu dan penguasa dalam suatu masyarakat, karena kedudukan tersebut selanjutnya mempengaruhi otoritas dan kekuasaan dalam menentukan dan melaksanakan sesuatu.

Ada beberapa teori yang terkait dengan teori kesepakatan sosial baik Grotius (1583-1645), Pufendorf (1632-1694), Hobbes (1588-1679) John Locke (1632-1704) dan Jean Jacques Rousseau (abad ke 17). Mereka semua mengakui setiap individu mempunyai kebebasan dalam menentukan sesuatu dan memiliki hak suara. Namun terjadi perbedaan dalam menentukan otoritas politik. Grotius, Pufendorf ataupun Locke melihat bahwa kontrak sosial terjadi antara individu dengan seorang pribadi karena kontrak memiliki kekuasaan berdaulat, demikian pula Hobbes berpendapat bahwa kontrak terjadi antara individu dengan otoritas pihak ketiga sebagai penjamin. Demikian pula bagi Grotius dan Pufendrof, rakyat harus mengikat diri dengan penguasa dan mematuhinya dengan tanpa mengharapkan imbalan, namun semata-mata agar tercipta perdamaian.[17]

Hal tersebut berbeda dengan Rousseau yang memandang bahwa kontrak politik harus dibangun antara individu dengan kolektifitas dimana individu tersebut

[17] Lih.Jean Jacques Rousseau, On The Social Contract, (Terj. Rahayu surtiati Hidayat dan Ida Sundari Husen, Jakarta: Penerbit Dian Rakyat, 2010, hal. Xxvii-xxxiii.

menjadi anggotanya, dan individu wajib mengorbankan kehendaknya manakala demi kehendak umum. Kedudukan indivudu dan pimpinan dalam suatu masyarakat adalah sama, mereka semua wajib mematuhi hasil kesepakatan bersama, antara yang satu dengan yang lain tidak boleh terjadi saling ketergantungan, karena ketergantungan hanyalah harus kepada negara karena negara yang memberi kebebasan kepada seluruh rakyatnya. Apabila terjadi ketergantungan kepada pemerintahan, maka yang terjadi adalah penguasaan, dan hal tersebut menimbulkan sistem perbudakan yang melahirkan ketidakadilan.[18]

Selain ketiga tokoh di atas, John Rawls menjelaskan bahwa kontrak sosial merupakan mekanisme untuk mewujudkan keadilan masyarakat dalam suatu institusi berdasarkan distribusi hak dan kewajiban serta distribusi kenikmatan dan beban yang sama.[19] Penelitian ini akan

[18] Tentang rakyat, pemerintahan dan kedudukan mereka dalam demokrasi. Lih. Jean-Jacques Rousseau, *On The Social Contract*, New York: Dover Publications, 2003, hal. 28-52

[19] John Rawls, *A Theory* ...., hal. 53.

memfokuskan pada perkawinan beda agama di Indonesia dilihat dari perspektif teori kontrak sosial.

Metode Kajian

Buku yang berasal dari penelitian ini merupakan jenis penelitian kepustakaan (*library research*) dimana data-data penelitian didapat dari data-data historis yang terkait dengan pembentukan hukum perkawinan beda agama. Selanjutnya data tersebut dilihat dari perspektif teori kontrak sosial untuk melihat sejauh mana kontrak tersebut dibentuk berdasarkan prinsip keadilan dan persamaan semua unsur masyarakat dalam sebuah negara.

Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan historis dan normatif. Yakni peneliti akan menelusuri bagaimana proses pembentukan ketentuan bukum yang terkait dengan perkawinan beda agama dilakukan berdasarkan data-data historis proses ahirnya undang-undang perkawinan yang mengakui keabsahan perkawinan sesuai dengan ketentuan agama yang diakui di Indonesia, yang dapat dilacak. Selanjutnya

ketentuan hukum yang ada dilihat secara normatif sebagai suatu hasil dari proses kontrak sosial yang terjadi.

Data-Data dalam Kajian

Data-data yang dijadikan bahan kajian dalam penelitian ini diklasifikasikan menjadi dua kategori, yakni sumber hukum primer dan data sekunder. Sumber hukum primer adalah data yang terkakait dengan proses pembentukan hukum perkawinan beda agama, disamping teori kontrak sosial yang digunakan untuk menilai proses pembentukan hukum perkawinan beda agama. Beberapa buku primer didapat dari buku proses undang-undang perkawinan yang ditulis Amak F.Z., *On The Social Contract* karya Jean Jacques Rousseau, a theory of Justice karya John Rawls dan buku tentang kontrak sosial di Indonesia.

Adapun sumber hukum sekunder berupa buku dan jurnal terkait yang mendukung data yang terkait dengan permasalahan perkawinan beda agama ataupun terkait dengan teori kontrak sosial.

Data tentang kontrak sosial dalam perumusan perkawinan beda agama dikumpulkan dan dipilih-pilah berdasarkan pendekatan historis. Data pustaka yang dipakai berangkat dari anggapan bahwa data tersebut penting dan memiliki landasan argumen serta pengetahuan historis yang mendekati orisinil.[20] Pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan dengan cara mengumpulkan data dari beberapa literatur terkait perkawinan beda agama dan teori kontrak sosial. Data-data yang diambil merupakan data terkait yang dianggap penting dan memiliki landasan argumen.

Adapun keabsahan data dilakukan dengan cara mencari data dengan melakukan komparasi antara sumber yang satu dengan sumber yang lain. Hal ini penting karena data historis yang bersifat primer terkait proses penentuan hukum perkawinan beda agama tidak banyak dipublikasikan.

[20] Lihat Norman K. Denzim dan Vyonna S. Lincoln (Eds.), *Handbook of Qualitative Research*, London: Sage Publications, 1994. Hal. 307

Analisis yang dilakukan dalam penelitian ini adalah analisis deskriptif kualitatif, artinya data-data kualitatif yang ada dideskripsikan dengan melakukan penafsiran dan penilaian dari data-data yang ada. Dengan demikian akan dihasilkan beberapa sudut pandang ataupun perspektif tentang historisitas yang melingkupi perjalanan pembentuan hukum perkawinan beda agama, karena data sejarah sangat kental dengan interpretasi.[21]

Setelah itu beberapa perspektif tersebut akan dilihat dari teori kontrak sosial baik dari perspektif Jean Jacques Rousseau, John Rawls dan teori kontrak sosial di Indonesia, untuk melihat kedudukan dan peran masyarakat, anggota legislatif dan pemerintah yang berkuasa dalam menentukan hukum perkawinan beda agama.

[21] Norman K. Denzim dan Vyonna S. Lincoln (Eds.), *Handbook of Qualitative...,* hal. 315

BAGIAN DUA

PROSES PENGOLAHAN UNDANG-UNDANG DAN TEORI KONTRAK SOSIAL

Proses Pengolahan Rancangan Undang-Undang menjadi Undang-undang

Pada tahun 1974, Proses pengolahan Rancangan Undang-undang menjadi undang-undang, sebagaimana catatan Amak,[22] bahwa sebagaimana tata tertib DPR, suatu Rancangan Undang-undang akan mengalami beberapa tahapan untuk menjadi Undang-undang, yaitu:

1. Tingkat I, berupa keterangan yang disampaikan oleh Menteri yang bersangkutan di hadapan sidang pleno DPR setelah beberapa hari/ minggu sebelumnya Presiden telah menyampaikan surat dengan lampiran naskah RUU itu kepada pimpinan

[22] Amak FZ, *Proses Undang-undang Perkawinan*, Bandung: PT AlMaarif, 1976, 7-11.

DPR dan pimpinan DPR segera membagikannya kepada semua anggota DPR.

2. Setelah pemerintah selesai menyampaikan keterangan pemerintah di hadapan sidang pleno DPR, disediakan waktu beberapa hari kepada praksi-praksi di DPR untuk mempelajari dan mengolah RUU dan Keterangan Pemerintah tersebut. Pada kesempatan inilah praksi-praksi di DPR mempelajari RUU itu secara mendalam dan mendiskusikannya, kemudian membuat kesimpulan-kesimpulan. Dalam kesempatan itu pula praksi-praksi membentuk suatu team kerja untuk menangani pengolahan RUU itu selanjutnya. Team kerja itu pula yang membuat kesimpulan hasil sidang pleno dalam bentuk pidato pemandangan umum yang sebelumnya disahkan oleh sidang pleno praksi yang bersangkutan.
3. Tingkat II, berupa pidato pemandangan umum anggota-anggota DPR melalui juru bicara Fraksinya masing-masing, biasanya masing-masing fraksi mendapat kesempatan waktu yang sama.

4. Beberapa hari sesudah pidato pemandangan umum itu, maka pemerintah pun menjawab pemandangan umum Fraksi-fraksi itu dalam sidang pleno berikutnya. Dari jawaban pemerintah itu dapatlah diketahui prinsip-prinsip mana dari pasal-pasal berapa yang dipertahankan oleh pemerintah dan mana-mana pula yang disetujui oleh pemerintah untuk mendapatkan perubahan-perubahan atas usul pemandangan umum praksi-praksi yang lalu. Tahap ini disebut tingkat II.
5. Sesudah selesai jawaban pemerintah, DPR menyediakan waktu lagi kepada Fraksi-fraksi untuk mengadakan sidang pleno Fraksi guna mempelajari dan mendiskusikan jawaban pemerintah tersebut. Biasanya pada kesempatan ini pula sedang pleno Fraksi telah mengesahkan inventarisasi persoalan yang dirumuskan oleh team kerja Fraksi guna dijadikan bahan untuk menghadapi sidang-sidang berikutnya.
6. Tingkat III, yaitu rapat kerja antar Komisi DPR yang bersangkutan atau komisi yang membidangi

RUU itu, dengan pemerintah ang diwakili oleh menteri yang ditunjuk oleh Presiden.

Pada tingkat III inilah suatu RUU diolah dan digodog dengan melalui dialog-dialog langsung antara Pemerintah dengan DPR yang biasanya adalah merupakan dialog antara Pemerintah dengan Fraksi-Fraksi di DPR.

Kadang-kadang terjadi persoalan manakala didukung oleh dua praksi, sedang dua Fraksi lainnya tetap mempertahankan pendiriannya, dan kadang-kadang suatu Fraksi bertahan pada pendiriannya, sedang tiga Fraksi lainnya mendukung sikap dan pendirian pemerintah. Dalam kondisi semacam ini biasanya terjadi "take and give" saling memberi dan menerima, atau dalam bahasa lain terjadi "tawar menawar" atau "bargaining". Dengan demikian seluruh persolan dilalui dengan liku-liku permusyawaratan dan akhirnya disepakati berdasarkan sistem musyawarah mufakat tanpa pemungutan suara.

Pada proses tingkat III inilah Team Kerja Fraksi yang menghadapi persidangan harus selalu lapor dan konsultasi dengan pimpinan Fraksi terutama bila ada persoalan-persoalan penting. Sedang pihak Menteri itupun selalu lapor dan konsultasi kepada Presiden.

Disamping itu pada tingkat III ini kadang-kadang terjadi deadlock karena masing-masing Fraksi tetap pada pendiriannya sehingga terpaksa di skors untuk sementara waktu. Pada situasi *deadlock* tersebut, untuk mencari jalan keluarnya, biasanya pimpinan DPR mengusahakan adanya pertemuan antara pemerintah dengan pimpinan Fraksi yang disebut *lobbying*. Disinilah permasalahan dicari solusinya dengan sistem musyawarah dengan saling memberi dan menerima berdasar demokrasi Pancasila. Kemudian hasil lobby dibawa ke sidang Pleno Komisi untuk disahkan.

Apabila semua prinsip sudah disepakati bersama, maka dibentuklah Panitia Perumus yang

terdiri dari wakil-wakil Fraksi secara proporsional dan wakil pemerintah. Panitia perumus inilah selanjutnya yang menyususn kembali RUU sesuai dengan prinsip-prinsip yang telah disepakati bersama. Sesudah RUU itu disusun secara matang, maka hasil kerja Panitia perumus ini dilaporkan kepada sidang Pleno Komisi untuk secara formil disahkan oleh sidang komisi.

7. Sesudah selesai Tingkat III ini, Fraksi-fraksi mendapatkan kesempatan waktu lain untuk mengadakan rapat pleno Fraksi guna mendengarkan laporan Team Kerja Fraksi dan sekaligus menyusun dan mengesahkan naskah pidato stem motivering (pidato pengesahan) yang akan dibacakan oleh juru bicara fraksi pada sidang pleno DPR selanjutnya.
8. Tahap terakhir adalah tingkat IV, yaitu sidang pleno DPR untuk mengesahkan RUU menjadi Undang-Undang. Pada sidang pleno tingkat IV ini, masing-masing Fraksi melalui juru bicaranya menyampaikan pidato terakhir (pidato

pengesahan) untuk menyetujui RUU tersebut disahkan menjadi undang-undang.

Tahapan dalam menentukan Rancangan undang-undang menjadi undang-undang tidak selamanya melalui tahapan I sampai IV, namun terkadang cukup dengan tiga tahap saja, yaitu keterangan pemerintah, kemudian langsung memasuki tingkat III (rapat kerja) dan kemudian disahkan pada tingkat IV. Hal itu berarti menghilangkan tahapan tingkat II yang berupa sidang pemandangan umum dan jawaban pemerintah. Hal itu tergantung pada berat dan ringannya suatu RUU dan bergantung pula pada hasil keputusan musyawarah DPR. Sistem pendek semacam ini sering disebut dengan istilah *short chart*.

Teori-Teori Kontrak Sosial

1. Jean-Jacques Rousseau

Rousseau dianggap sebagai orang yang menggerakkan romantisisme Eropa. Ia ingin mengembalikan manusia ke fitrahnya, manusia yang

mementingkan emosi dan perasaannya dan tidak mendewakan rasio. Bagi Rousseau keadaan alamiah merupakan keadaan yang membawa kepada kebaikan, sedang modernisasi membawa manusia kepada sifat destruktif terhadap manusia, yakni adanya standar-standar tinggi, diskriminasi, rasionalisme dan kontrol terhadap alam, kompleksitas dan objektifitas yang semuanya bertentangan dengan sesuatu yang diproduksi alam seperti kebebasan, mendudukkan manusia secara sama, melahirkan romantisme, mengembangkan spontanitas intuitif, kesederhanaan dan subjektifitas.

Selanjutnya Rousseau membagi keadaan alamiah menjadi tiga maksud; keadaan asli atau primitif, mengidentifikasi prinsip-prinsip dasar hakikat manusia yang ada dalam keadaan asali atau primitif, menjelaskan manusia yang hidup dalam keadaan modern.[23]

[23] Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik Barat*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2007, hal. 243-245

Adanya kesenjangan derajat antara manusia yang satu dengan yang lain bisa menyebabkan keadaan perang. Pada posisi inilah manusia berubah dari sifatnya yang alami. Dalam keadaan alamiah manusia memiliki sifat kebebasan mutlak, ia selalu mementingkan keutamaan, ia bersifat polos, tidak egois dan mencintai diri sendiri secara spontan. Ia juga bebas dari segala wewenang pengaruh kekuasaan orang lain sehingga secara hakiki sama kedudukannya.

Kebebasan bagi Rousseau adalah suatu keadaan tidak terdapatnya manusia untuk menaklukkan sesamanya. Manusia merasa bebas dari rasa ketakutan akan penaklukkan orang lain terhadap dirinya, baik secara persuasif ataupun kekerasan. Dengan demikian tidak ada manusia yang diperlakukan semena-mena. Dalam keadaan inilah keadilan bisa ditegakkan.

Dalam bukunya *Du Contract Social*, Rousseau sangat mementingkan nilai-nilai kebebasan, namun bukanlah kebebasan tanpa batas yang dapat menimbulkan anarkis. Bagi Rousseau orang yang bebas

adalah orang yang taat terhadap hukum dan peraturan, tetapi tidak menjadikan dirinya budak, ia mematuhi kekuatan hukum, bukan mematuhi manusia yang membuat hukum.

Manusia menurut Rousseau bisa mendapat kebebasan ketika dia berada dalam ikatan kekuasaan suatu negara (*political society*) dengan mengadakan ikatan bersama dalam suatu kontak sosial (*social contract*). Pada kondisi ini manusia dengan kesadaran penuh keluar dari keadaan alamiah dan membentuk negara agar terjamin kehidupannya.

Dalam teori kontrak sosial, Rousseau memandang bahwa negara merupakan produk dari kontrak sosial. Warga negara menyerahkan sebagian hak-hak, kebebasan dan kekuasaan yang dimilikinya kepada kekuasaan bersama yang kemudian dinamakan kekuasaan negara, kedaulatan rakyat. Negara diberi mandat oleh rakyat untuk mengayomi, mengatur dan menjaga keamanan dan harta benda mereka. Kedaulatan negara tetap absah selama negara

menjalankan fungsi-fungsinya sesuai kehendak rakyat atau masyarakat umum. Kekuasaan negara sebagai manifestasi kekuasaan politik rakyat harus dilihat secara utuh, meskipun manusia secara individu haris dilihat sebagai entitas individual. Dalam kontrak sosial Rousseau kekuasaan negara merupakan antitesis dari kekuasaan Tuhan. [24]

Menurut Rousseau, pemerintah dari suatu negara yang berhak memerintah berdasar kehendak umum atau rakyat adalah; yang bersifat moral yakni kehendak yang menentukan tindakan, dan yang bersifat fisik yaitu daya yang melaksanakannya.[25] Kekuatan adalah kekuasaan legislatif (*legislative power*) dan kehendak adalah kekuasaan eksekutif (*executive power*). Kekuasaan legislatif adalah milik rakyat dan hanya dimiliki oleh rakyat, sebaliknya kekuasaan eksekutif bukanlah milik rakyat, namun hanyalah berupa akta yang masing-masing berdiri sendiri. Akta berbeda

[24] Ahmad Suhelmi, Pemikiran Politik....., hal. 249-250.
[25] Jean Jacques Rousseau, Du Contract Social (Terj.), Jakarta: Dian Rakyat, 2010, hal. 67-68.

dengan undang-undang, namun akta yang merupakan hasil kesepakatan umum disebut undang-undang.

Pemerintah sebagai pelaksana administratif negara adalah eksekutif, mereka melaksanakan kekuasaan yang telah dititipkan kepada mereka. Kekuasaan mereka dibatasi, dapat diubah dan diambil manakala tidak sesuai dengan kesepakatan bersama. Pemerintah dalam tataran eksekutif merupakan pelaksana undang-undang, dalam kondisi ini manakala pemerintah melakukan tindakan sesuai undang-undang yang dikehendaki masyarakat disebut dengan *de jure* (sesuai hukum), namun manakala ia melaksanakan pemerintahan sesuai kehendak sendiri yang bersifat bebas disebut dengan de facto (dalam kenyataan). Dalam kondisi *de facto* inilah persatuan sosial akan hilang.

Pemerintah mempunyai hak tertentu karena kekuatan dirinya, oleh karenanya untuk menyelaraskan kepentingan sendiri terhadap kepentingan umum dibutuhkan satu mekanisme yang disebut

musyawarah. Inti musyawarah dilakukan untuk lebih mememtingkan kepentingan rakyat dibanding pemerintah.

Pemimpin pemerintahan dapat melakukan tindakan dalam tiga kehendak yang berbeda, yakni; kehendak pribadi, kehendak golongan dan kehendak rakyat.[26] Kondisi ideal adalah manakala pemerintah melakukan kehendak sesuai dengan kehendak rakyat dan tidak adanya kehendak pribadi. Namun dalam keadaan alami pemerintah melaksanakan kehendak pribadi dan kehendak kelompok, dalam kondisi ini bertentangan dengan tatanan sosial.

Arif Hardiman[27] menulis bahwa bagi Rousseau, motif dari kontrak sosial itu adalah mempertahankan kebebasan manusia. Rousseau mengakui adanya perubahan kondisi akibat kontrak sosial itu, yakni dalam keadaan asali terdapat kebebasan asali, dan setelah ada kontrak sosial terdapat kebebasan sipil.

[26] Jean Jacques Rousseau, *Du Contract*..., hal. 70-71.
[27] F. Arif Hardiman, filsafat Modern; Dari Machiavelli Sampai Nietszhe,

Selanjutnya dalam keadaan asali kebebasan alamiyah dibatasi oleh kekuatan fisik individu, adapaun dalam negara kebebasan sipil dibatasi oleh kehendak umum. Namun demikian Rousseau berkeyakinan bahwa walaupun ada perubahan namun negara yang diatur dengan baik akan memberikan kebebasan yang lebih tinggi bagi warganya daripada kebebasan asalinya.

Dalam hal yang terkait dengan undang-undang, Rousseau berpendapat bahwa undang-undang merupakan akta yang dibuat oleh kehendak umum. Adapun negara yang dilaksanakan berdasarkan ketentuan undang-undang disebut negara republik.

Undang-undang merupakan bentuk kesepakatan dari asosiasi politik, maka undang-undang sangat penting dibentuk untuk menyelaraskan hak dan kewajiban dan menjelmakan keadilan manusiawi. Undang-undang yang ideal adalah yang dibuat oleh legislatif dan eksekutif dalam rangka mewujudkan kehendak rakyat, namun akan menjadi bobrok kalau legislatornya mengutamakan kepentingan pribadi

dalam pembuatan undang-undang, dan dalam keadaan ini negara akan menjadi lemah.[28] Legislator menurut Rousseau idealnya, adalah orang yang luar biasa bakat dan tugasnya, yang tidak memiliki kehendak pribadi ataupun golongan, oleh karenanya legislator tidak boleh memiliki hak legislatif, melainkan kehendak rakyat. [29]

2. Hobbes

Hobbes memiliki pandangan bahwa manusia dalam prespektif alamiah mempunyai kebebasan penuh dan bergerak menurut nafsu dan nalurinya. Namun pada tingkat berikutnya, manusia mempunyai dua pilihan untuk bebas atau menjadi objek kekuasaan. Hobbes tidak membuka peluang kemungkinan manusia bisa bebas namun pasa saat yang sama berada pada dominasi kekuasaan negara. Dengan kata lain manusia tidak dapat hidup dalam negara bila ia

[28] Jean Jacques Rousseau, *Du Contract*...,hal. 75.
[29] Jean Jacques Rousseau, *Du Contract*...,hal. 43-50.

menuntut kebebasan sejati seperti yang dimiliknya sebelum terbentuk negara.[30]

Hobbes berpendapat bahwa kekuasaan negara terhadap rakyat yang sudah menyerahkan kebebasan dan kekuasaannya dalam suatu kontrak sosial kepada negara, bersifat mutlak. Dengan demikian negara memiliki kekuasaan penuh yang tidak terikat lagi dengan individu-individu yang melakukan kontrak sosial. Individu terikat dengan kontrak sosial yang telah dibuatnya, sedangkan negara tidak terikat dengan kontrak sosial tersebut, sehingga negara dapat berbuat apa saja terhadap individu. Dalam teori Hobbes negara tidak bertanggungjawab terhadap indiidu-individu.[31]

Kontrak ada yang bersifat pribadi dan sosial. Kontrak antar pribadi tidak ada artinya bila tidak ada jaminan akan terpenuhi. Dengan demikian menurut Hobbes, kontrak yang sesungguhnya adalah kontrak yang menciptakan hak manusia. Kontrak asli adalah

[30] Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik*....., hal. 250
[31] Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik*....., hal.252

persetujuan orang dalam suatu kelompok untuk membentuk suatu kehidupan bersama yang teratur, inilah cikal bakal dari terbentuknya negara. Dalam ikatan negara inilah menurut Hobbes orang yang terikat didalamnya harus rela menyerahkan kekuasaannya kepada negara. [32]

3. John Rawls

Bagi Rawls, perlengkapan kontrak terikat dengan kewajiban alamiah orang atas keadilan. seseorang memiliki kewajiban alamiah untuk memperlakukan orang lain secara fair, karena mereka asal mula sumber klaim-klaim yang valid. Rawls menggunakan perlengkapan kontrak untuk mengembangkan pengertian tradisional orang tentang moral. [33]

Dengan kata lain, kontrak sosial harus bertujuan terciptanya keadilan, adapun keadilan dalam

[32] Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan sejarah*, Yogyakarta: Kanisius, 1993, hal. 66

[33] Lih. Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy* (Terj.) Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004, hal. 169.

persepektif Rawls adalah fairness. Sumber utama dari prinsip keadilan sosial adalah struktur dasar masyarakat, tatanan institusi–institusi sosial utama dalam satu skema kerjasama. Prinsip keadilan tersebut mengatur pemberian hak dan kewajiban dalam institusi-institusi serta menentukan pemberian kemikmatan serta beban hidup sosial.[34]

Adapun rangkaian kerja yang harus dilaksanakan untuk menyederhanakan berjalannya keadilan adalah dengan memperhatikan tiga jenis penilaian; pertama, keadilan dalam legislasi dan kebijakan-kebijakan sosial, walaupun seseorang harus mengetahui bahwa pendapat-pendapatnya tidak akan selalu sejalan dengan orang lain sebab penilaian dan keyakinan orang berbeda-beda, khususnya ketika berurusan dengan kepentingan orang lain. Kedua, seorang warga harus memutuskan ketetapan-ketetapan konstitusi yang tepat untuk mendamaikan pendapat-pendapat yang bertentangan dengan keadilan, karena sebuah konsep

[34] John Rawls, *The Theory of Justice*, United States of America: Harvard University Press, 2003, hal. 47.

keadilan yang lengkap, bukan hanya mampu menilai hukum-hukum dan kebijakan-kebijakan, tapi juga dapat memeringkat prosedur untuk memilih pendapat politis mana yang akan diundangkan menjadi hukum. Ketiga, warga menerima konstitusi sebagai sesuatu yang sudah tepat dan ia berfikir bahwa prosedur tradisional tertentu adalah sesuai, misalnya prosedur aturan mayoritas dibatasi.

Di sini berarti bahwa prosedur politik merupakan keadilan prosedural yang tidak sempurna, karena ia harus memastikan kapan legislasi mayoritas diikuti dan kapan ditolak, dalam bahasa lain ia harus mampu menentukan dasar-dasar dan batasan-batasan tugas dan kewajiban politik.[35]

Selanjutnya prinsip fairness juga harus ditunjukkan dalam keadilan politik dan konstitusi. Keadilan politik adalah keadilan konstitusi dengan memberikan kebebasan yang setara pada semua warga. Keadilan

[35] John Rawls, *The Theory of Justice*, United States of America: Harvard University Press, 2003, hal.172-174

politik terdiri dari dua aspek, yaitu keadilan prosedural yang ditetapkan oleh konstitusi, kedua menyusun sesuatu yang paling memungkinkan untuk menghasilkan sistem legislasi yang adil dan efektif.

Prinsip kebebasan setara diterapkan pada prosedur politik yang ditetapkan oleh konstitusi yang disebut dengan prinsip (kesetaraan) partisipasi. Prinsip partisipasi menyatakan bahwa semua warga negara mempunyai hak yang setara untuk ambil bagian dan menentukan hasil dari proses konstitusional yang menegakkan hukum-hukum yang harus mereka patuhi. Disinilah keadilan setiap fairness dimulai dengan gagasan gagasan bahwa prinsip umum penting dan menguntungkan setiap orang yang diawali kesetaraan yang ditentukan dengan baik dimana setiap orang diwakili dengan adil. Adapun Prinsip partisipasi memindahkan seseorang dari posisi asali menuju kepada konstitusi sebagai sistem tertinggi dari aturan-aturan sosial.

Menurut Rawls, konstitusi yang adil menuntut persaingan yang adil untuk jabatan dan kekuasaan politik dengan menjajikan konsepsi kebaikan masyarakat dan kebijakan yang dirancang untuk memajukan tujuan-tujuan sosial.

Dalam masyarakat yang baik para wakil rakyat harus mewakili para pemilih mereka dengan sesungguhnya dengan cara; pertama, mereka harus berusaha meloloskan legislasi yang adil dan efektif karena ini merupakan kepentingan pertama warga dalam pemerintahan. Kedua, mereka harus memajukan kepentingan yang lain sejauh sesuai dengan konsep keadilan.[36]

Rawls secara sistematis menjelaskan bahwa keadilan dalam institusi harus berdasar pada asas-asas berikut:[37]

a. Asas pertama: "setiap orang memiliki sebuah hak yang sama atas sistem total paling luas tentang

[36] John Rawls, *The Theory of Justice*.., hal. 198-200
[37] John Rawls, *The Theory of Justice*.., hal. 266-267

kebebasan-kebebasan dasar yang sama yang sejalan dengan sebuah sistem kebebasan serupa bagi semua orang

b. Asas kedua: "ketimpangan sosial dan ekonomi harus ditata sedemikian rupa hingga menjadi: a)nilai-nilai terbesar bagi merekayang paling tidak beruntung, konsisten dengan asas penghematan yang adil,; b)melekat pada jabatan dan kedudukan yang terbukabagi semua orang menurut syarat kesamaan peluang yang adil.

Adapun aturan priotitas kebebasan dalam prinsip-prinsip yang adil adalah; 1) kebebasan yang tidak ekstensif harus memperkuat sistem kebebasan yang dinikmati semua orang; 2) Kebebasan yang kurang setara harus bisa diterima oleh mereka yang mempunyai lebih sedikit kebebasan.

Selanjutnya dalam hal ketika sistem sudah adil, namun undang-undang yang dihasilkan tidak adil, Rawls menjelaskan harus kembali kepada prinsip-prinsip hak dan kewajiban, yang boleh jadi

membenarkan adanya ketidakpatuhan dalam kondisi-kondisi tertentu (kepatuhan parsial). Namun kepatuhan parsial tergantung pada sejauh mana hukum dan lembaga itu tidak adil. Hukum yang tidak adil adalah hukum yang tidak sepenuhnya sejajar. Ketika hukum dan kebijakan tidak adil, menyimpang dari standar yang diakui politik, namun mendekati keadilan, maka karena tugas keadaban mengharuskan penerimaan sepatutnya, walaupun harus disesuaikan dengan doktrin kontrak yang disepakati.[38]

Dalam hal yang terkait dengan kekuasaan mayoritas dalam membuat perundang-undangan, harus memenuhi prinsip mayoritas yakni terpenuhinya syarat-syarat keadilan yang berupa kebebasan politik-kebebasan untuk berbicara dan berkumpul, kebebasan untuk terlibat dalam urusan publik dan segenap cara-cara konstitusional yang mempengaruhi jalannya pembuatan perundang-undangan. Namun demikian ini bukan merupakan jaminan bahwa undang-undang

[38] John Rawls, *The Theory of Justice*..., hal.308-310.

yang dilahirkannya bersifat adil. Artinya walaupun dalam keadaan sesungguhnya dibenarkan bahwa mayoritas mempunyai hak konstitusional untuk membuat undang-undang, namun ini tidak berarti bahwa undang-undang yang ditetapkan bersifat adil. Namun bagaimana kekuasaan mayoritas didefinisikan, apakah batasan-batasan konstitusional efektif dan masuk akal bagi penguatan keseluruhan neraca keadilan. Hal ini merupakan pertanyaan-pertanyaan politis yang diajukan oleh minoritas.

Kekuasaan mayoritas yang ideal akan membentuk suatu bagian dari teori keadilan yang dipilih berdasarkan prosedur ideal, artinya walaupun hasil keputusannya berbeda-beda namun harus sesuai dengan prosedur ideal. Dalam prosedur berbeda, keputusan tidak dicapai melalui kompromi, tawar menawar berlangsung antara pihak yang bersebranganguna menemukan kebijakan terbaik

sebagaimana didefinisikan oleh prinsip-prinsip keadilan.[39]

4. Kontrak Sosial dalam Hukum di Indonesia

Menurut Moh Mahfudh MD, bahwa Indonesia bukanlah negara Islam atau negara sekuler, tetapi negara yang berdasarkan Pancasila.[40] Di negara Indonesia, Pancasila yang bersifat umum dan universal merupakan nilai dasar yang menjadi pedoman penyelenggaraan negara, yakni sebagai dasar negara yang bersifat umum kolektif dan aktualisasinya yang bersifat khusus kongkrit dalam berbagai bidang kehidupan. Dengan demikian sila-sila dalam Pancasila merupakan nilai-nilai yang menjadi pedoman negara yang berupa norma, adapun aktualisasinya merupakan realisasi kongkrit Pancasila.[41]

Lebih lanjut sebagaimana Pendapat Shofan yang dikutip Kailan, bahwa semua regulasi dibuat untuk

[39] John Rawls, *The Theory of Justice*.., hal. 313-322..
[40] Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum* ..., hal. 281 .

[41] Kaelan MS, *Negara Kebangsaan pancasila: Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis dan Aktualisasinya*, Yogyakarta: Paradigma, 2013, hal. 161-162.

mengatur warga bangsa Indonesia, yakni sebagai upaya untuk melindungi keselamatan masyarakat (*public savety*), ketertiban masyarakat (*public order*), etik dan moral masyarakat (*moral public*), kesehatan masyarakat (*public healt*) dan melindungi hak dan kebebasan mendasar orang lain (*the fundamental right and freedom orders*).[42]

Dalam bangsa Indonesia, demokrasi yang berkedaulatan rakyat mempunyai corak nasional. Pada sila keempat, kerakyatan yang dimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan mengandung beberapa ciri pemikiran demokrasi Indonesia yaitu berdasar "kerakyatan" dan "permusyawaratan" sebagaimana terdapat dalam pembukkaan UUD 1945. Demokrasi di Indonesia juga mengandung ciri "hikmat kebijaksanaan" yang merefleksikan orientasi etis moral. Dalam demokrasi permusyawaratan, suatu keputusan politik dikatakan benar jika memenuhi empat prasyarat; pertama, harus didasarkan pada asas rasionalitas dan keadilan, bukan

[42] Kaelan MS, *Negara Kebangsaan pancasila.....,* hal. 211.

hanya berdasarkan subjektivitas ideologis dan kepentingan. Kedua, didedikasikan bagi kepentingan orang banyak, bukan kepentingan perorangan atau golongan. Ketiga, berorientasi jauh ke depan, bukan demi kepentingan jangka pendek melalui akomodasi transaksional yang bersifat destruktif (toleransi negatif). Keempat, bersifat imparsial dengan melibatkan semua pihak (minoritas terkecil sekalipun) secara inklusif yang dapat menangkal kekuasaan elit politik dan pengusaha serta klaim-klaim mayoritas.[43]

Kedudukan seluruh warga bangsa dalam negara Indonesia adalah sama, bahkan Mohammad Hatta menghendaki agar ada jaminan yang tegas atas hak berserikat, berkumpul dan berpendapat dalam konstitusi, demi mencegah terjadinya penyelewengan kekuasaan dengan dalih semangat kekeluargaan di kemudian hari. Selain negara di dasarkan atas dasar kekeluargaan, negara ini juga didasarkan pada kedaulatan rakyat. Hatta mengingatkan bahwa dalam

[43] Yudi Latif, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas, dan Aktualitas Pancasila,* Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, cet..4, 2012, hal. 476-478

collectivisme ada sedikit hak bagi anggota-anggota dari keluarga itu, mengeluarkan perasaannya untuk menjadikan *collectivisme* sebaik-baiknya. Hal tersebut bertujuan agar negara Indonesia tidak menjadi negara kekuasaan dan negara penindas.[44]

Indonesia sebagai negara hukum (rechsstaat) mengakui bahwa semua warga negara memiliki hak dan kedudukan yang sama sebagaimana tercantum dalam Undang-Undang Dasar 1945 terutama hak warga negara untuk berserikat, bersidang dan mengeluarkan pendapat.

Hak-hak dasar manusia yang tercantum dalam Undang-Undang Dasar 1945 tersebar dalam beberapa pasal, terutama pasal 27,30 dan 31 yang berisi tentang hak-hak warga negara, hak-hak universal terkandung dalam pasal 28 dan 29, hak-hak asasi secara tersirat dakam pasal 33 dan 34.

Selanjutnya beberapa hak tersebut meliputi apa yang disebut generasi hak asasi manusia, diantaranya:[45]

[44] Lih. Yudi Latif, *Negara Paripurna....,* hal 188-189
[45] Yudi Latif, *Negara Paripurna....,* hal. 192-193.

a. Generasi pertama: hak sipil dan hak politik

Generasi pertama hak asasi manusia ini sangat terkait dengan hak sipil, yag berhubungan langsung dengan orientasi etis kemanusiaan dan juga konteks *habeas corpus* yang menjadi salah satu pilar hukum internasional. Hak ini menyangkut hak hidup, hak kebebasan beragama/atau kepercayaan, hak untuk diproses secara hukum dengan seadil-adilnya, hak mengemukakan pendapat (*freedom of speech*) dan hak untuk turut serta dalam pengambilan keputusan besama (voting rights). Generasi ini sering disebut hak negati, dan hak dengan pendekatan minimalis. Dalam UUD 1945, hak ini antara lain terkandung pada pasal 27 (pasal 1), 28 dan 29.

b. Generasi kedua: hak demokratis

Generasi kedua hak asasi manusia terkait dengan proses sebuah negara membuahkan kebijakan dan kondisi yang memungkinkan suatu kehidupan smain manusiawi. Termasuk daam hak ini adalah hak atas layanan kesehatan, hak atas pekerjan, hak atas

pendidikan hak atas jaminan sosial. Generasi kedua ini sesungguhnya terintegrasi dengan hak sipil dan hak politik. Tatanan kehidupan yang manusiawi diandaikan membutuhkan hak negatif dan positif, yaitu hak untuk membuat kehidupan menjadi semakin manusiawi. Dalam UUD 1945, hak ini antara lain terkandung dalam pasal 17 (pasal 2), 31 dan 34.

c. Generasi ketiga: hak eonomi-soial-kultural-kolektif

Generasi ketiga ini adalah bagian dari pengakuan akan perlindungan keseluruhan kehidpuan manusia, baik sekarang maupun yang akan datang, baik di satu komunitas maupun antar komunitas. Ada suatu pemahaman bahwa kehidupan dipengaruhi oleh dimensi masa lalu, masa sekarang, dan masa mendatang. Dalam kurun waktu itu. Hak generasi pertama dan juga generasi kedua, bisa jadi digerus atau dipinggirkan secara sengaja (*by commission*) atau pelalaian (*by commission*). Generasi ketiga hak ini adalah, termasuk, hak atas perlindungan lingkungan hak masyarakat adat, hak ekonomi dan pembangunan,

hak penentuan nasib sendiri, dan sebagainya. Dalam UUD 1945, hak ini antara lain terkandung dalam pasal 30, 32, 33 (3) dan 34.

Menurut Tore Lindholm, W. Cole Durham, Jr., Bahia G. Tahzib-Lie,[46] norma-norma inti yang menjadi landasan pokok hak asasi manusia beberapa instrument hak-hak asasi manusia internasional yaitu *Universal Declaration of Human Right (1948), International Covenant on Civil and Political Rights* (1966), Norma-norma inti tersebut meliputi delapan hal sebagai berikut:

Pertama, *internal freedom* (kebebasan internal). Berdasarkan pada norma ini, setiap orang dipandang memiliki hak kebebasan berpikir, berkesadaran, dan beragama. Norma ini juga mengakui kebebasan setiap individu untuk memiliki, mengadopsi, mempertahankan atau mengubah agama dan kepercayaannya.

Kedua, *external freedom* (kebebasan eksternal). Norma ini mengakui bahwa setiap orang memiliki kebebasan untuk

[46] Tore Lindolm, W. Cole Durham, Jr., Bahia G. Tahzib-Lie (Eds.), *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, hal. xxxvii-xxxix.

mewujudkan agama atau keyakinannya dalam berbagai bentuk manifestasi kepercayaan dalam domain eksternal yaitu ajaran, praktik, peribadatan, ketaatan baik secara individu atau dalam komunitas bersama-sama penganut lainnya dalam wilayah pribadi maupun publik. Dengan kata lain kebebasan eksternal menjamin setiap pemeluk agama atau kepercayaan untuk menjalankan keyakinannya itu dalam berbagai bentuk manifestasi.

Ketiga, noncoercion (tanpa paksaan). Norma ini menekankan adanya kemerdekaan individu dari segala bentuk paksaan dalam mengadopsi suatu agama atau berkepercayaan. Dengan kata lain, setiap individu memiliki kebebasan memiliki suatu agama atau kepercayaan tanpa perlu dipaksa oleh siapa pun.

Keempat, *nondiscrimination* (tanpa diskriminasi). Berdasarkan norma ini, negara berkewajiban menghargai dan memastikan bahwa seluruh individu di dalam wilayah kekuasaanya dan yurisdiksinya memperoleh jaminan kebebasan beragama atau berkepercayaan tanpa membedakan warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama

atau kepercayaan, pandangan politik dan pandangan lainnya, asal-usul bangsa, kekayaan, status kelahiran. Jadi haram bagi negara untuk melakukan pembatasan atas kebebasan beragama setiap warga negara.

Kelima, *rights of parent and guardian* (hak orang tua dan wali). Menurut norma ini, negara berkewajiban menghargai kebebasan orang tua dan para wali yang abasah secara hukum untuk memastikan pendidikan agama dan moral bagi anak-anak mereka sesuai dengan kepercayaan mereka sendiri. Negara juga harus memberikan perlindungan atas hak-hak setiap anak untuk bebas beragama atau ber-kepercayaan sesuai dengan kemampuan mereka sendiri.

Keenam, *corporate freedom and legal status* (kebebasan berkumpul dan memperoleh status hukum). Aspek penting kebebasan beragama atau berkepercayaan terutama dalam kehidupan kontemporer adalah adanya hak bagi komunitas keagamaan untuk mengorganisasikan diri atau membentuk asosiasi.

Ketujuh, *limits of permissible restrictions on external freedom* (pembatasan yang diperkenankan terhadap kebebasan

eksternal). Kebebasan untuk mewujudkan atau meng-eskpresikan suatu agama atau kepercayaan dapat dikenai pembatasan oleh hukum dengan alasan ingin melindungi keselamatan umum, ketertiban, kesehatan dan moral dan hak-hak dasar lainnya.

Kedelapan, *nonderogability*. Negara tidak boleh mengurangi hak kebebasan beragama atau berkepercayaan bahkan dalam situasi darurat sekalipun.

Dalam konteks yang sama Said Agil Husin al-Munawar[47] menjelaskan bahwa warga negara memiliki hak dan kewajiban yang sama. Hak dimiliki oleh warga negara yang harus dipelihara dan dihormati, sedangkan kewajiban dibebankan kepada warga negara dengan harus memperhatikan faktor manusianya dengan segala wewenang dan kemampuannya.

Adapun hak asasi manusia dalam masyarakat dan bangsa meliputi: kemerdekaan beragama, mendapatkan pendidikan dan pengajaran, kebebasan mengeluarkan

[47] Said Agil Husin Al-Munawar, *Fiqh Hubungan Antar Agama*, Jakarta: Ciputat Press, 2005, hal. 35-36.

pikiran baik dengan lisan maupun tulisan, mendapatkan rumah atau tempat tinggal, kemerdekaan berserikat dan berkumpul, hak mendapat perlindungan dan persamaan hukum, persamaan hak-hak konstitusional, perlindungan terhadap diri dan hak-hak milik, kemerdekaan perorangan yang tidak dapat diganggu gugat oleh aparat negara sekalipun, mendapatkan kedudukan yang sama dalam pemerintahan. Bahkan menurut Agil setiap golongan, baik mayoritas maupun minoritas mempunyai hak dan kewajiban yang sama sebagai warga negara tidak ada golongan yang diprioritaskan dan tidak ada golongan yang dianaktirikan.

Selanjutnya, dalam hal yang terkait dengan hukum, maka semua warga negara Indonesia memiliki kedudukan yang sama di mata hukum (*equality before the law*). Menurut Jimly, kebutuhan akan hukum didasari oleh kebutuhan akan keteraturan. Kebutuhan akan keteraturan ini kemudian melahirkan sistem keorganisasian yang makin berkembang seperti organizational imperative, makin maju suatu masyarakat, makin berkembang pula kecenderungan masyarakat untuk mengikatkan diri dalam sistem

keorganisasian yang teratur, selanjutnya dalam sistem tersebut terciptalah mekanisme pembuatan hukum.

Lebih lanjut Jimly menjelaskan bahwa hukum dapat dibatasi kepada empat kelompok pengertian; pertama, hukum yang dibuat oleh institusi kenegaraan atau hukum negara (*the state's law*) seperti undang-undang, yurisprudensi dan sebagainya; kedua, hukum yang dibuat dalam dinamika kehidupan masyarakat atau yang berkembang dalam kesadaran dan budaya hukum masyarakat, seperti hukum adat (*the people's law*); ketiga, hukum yang dibuat dan terbentuk sebagai bagian dari perkembangan pemikiran di dunia ilmu hukum, biasanya disebut doktrin (*the Professor's law*). Misalnya teori hukum dari Imam Madzhab Syafi'i yang diberlakukan oleh orang muslim di Indonesia; keempat, hukum yang berkembang dalam praktek dunia usaha dan melibatkan peranan para professional di bidang hukum (*the professional's law*).[48]

Keempat jenis hukum tersebut berbeda dalam hal pembutannnya, pelaksanaannya maupun pemberlakuan-

[48] Jimly Assiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, hal. 4.

nya dalam proses peradilan. Dalam kelomok hukum negara ada tiga lembaga yang biasanya terlibat, yaitu pemerintah, parlemen dan pengadilan. Dalam kelompok hukum rakyat (*the people's law*), warga masyarakat sendiri yang terlibat dalam pembuatan atau pembentukan norma hukum sesuai dengan proses pembudayaan nilai atau norma hukum serta pelembagaannya menjadi institusi sosial. Dalam kelompok *professional's law*, institusi pembuat hukum itu adalah para subjek hukum sendiri, baik perorangan maupun badan hukum yang terlibat dalam pembuatan hukum. Adapun dalam kelompok para ahli hukum institusi yang terlibat adalah perguruan tinggi hukum.

a. Institusi negara; yang terlibat adalah pemerintah, parlemen dan pengadilan
    1) Pemerintah; menjadi pembuat hukum terbesar di sepanjang sejarah karena; pertama, pemerintah menguasai informasi yang paling banyak dan memiliki akses paling luas dan paling besar untuk memperoleh informasi yang dibutuhkan dalam pembuatan hukum. Kedua, pemeritah paling tahu mengapa, untuk siapa,

berapa, kapan, dimana dan bagaimana hukum itu akan dibuat. Ketiga, dalam organisasi pemerintah banyak ahli yang terkumpul dan memungkinkan proses pembuatan hukum dengan mudah dapat dikerjakan. Kenyataan ini membuat peran pemerintah menjadi sentral, bahkan bisa menimbulkan ekses yaitu organisasi pemerintah menjadi sangat berkuasa di atas fungsi-fungsi organisasi di luar pemerintah.

Untuk menghindari pemusatan kekuasaan maka negara Indonesia dibuat sebagai negara hukum (rechstaat) yang membatasi kekuasaan pemerintah supaya tidak terlalu dominan. Oleh karenanya hukum yang berasal dari pemerintah dikontrol oleh parlemen.

2) Parlemen; dalam teori pemisahan kekuasaan fungsi legislatif adalah melakukan pembuatan Undang-Undang Dasar dan Undang-Undang, sedangkan parlemen hanyalah melakukan pengawasan. Namun sekarang diasumsikan

bahwa fungsi legislatif dan kekuasaan suatu negara dapat dikaitkan dengan lembaga parlemen. Ke depan menurut Jimly, tugas parlemen hanya mengawasi tugas legislatif.

3) Pengadilan; di Indoneia yang menganut ''*civil law*" putusan pengadilan juga diakui sebagai sumber hukum yang disebut yurisprudensi, namun peranannya masih bersifat sekunder.

b. Institusi Masyarakat, meliputi hukum rakyat yang berkembang dalam praktek (adat) dan hukum yang dikembangkan di dunia akademisi.[49]

1) Institusi masyarakat adat; pada setiap masyarakat selalu ada ikatan-ikatan hukum yang mengatur komunitas masyarakat secara terorganisasi yang membentuk suatu organisma tersendiri. Ikatan-ikatan ini bersifat dinamis, tetapi fungsi utamanya untuk mengendalikan dinamika prilaku kolektifdalam masyarakat tersebut. Organisma ini disebut

[49] Jimly Assiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar...,* hal. 8-9.

dengan masyaarakat hukum adat yang menyepakati norma-norma hukum adat yang dibentuk bersama.

2) Institusi hukum dalam Praktek; hal ini terkait dengan hukum perorangan maupun benda yang hidup dalam lalu lintas hukum, seperti hukum kontrak dalam KUHPerdata dimana para pihak yang melakukan transaksi bisnis dapat membuat kontrak yang tidak harus didasarkan pada ketentuan hukum (*prae legem*) meskipun hal itu tidak boleh bertentangan dengan hukum yang sudah ada (*contra legem*). Kategori hukum seperti ini disebut dengan hukum sukarela atau *voluntary law*.

3) Lembaga riset hukum dalam Perguruan Tinggi
Para ilmuan yang terdapat di lembaga-lembaga Perguruan Tinggi dapat mengembangkan pemikiran dan paradigma hukum tertentu yang karena otoritasnya dapat diikuti oleh ilmuan lain. Hal ini dilakukan untuk

menciptakan kesadaran hukum tertentu sehingga berkembang dan menjadi doktrin yang dapat dijadikan sumber hukum.

Adapun proses pembuatan hukum di Indonesia mempunyai logikanya sendiri-sendiri:[50]

1. Pembentukan Hukum perundang-undangan dalam sistem hukun nasional berdasarkan pada Undang-Undang Dasar 1945, hukum perudangan meliputi UUD, TAP MPR, UU, PP, Keppres, Keputusan Menteri, Keputusan kepala LPND, keputusan Direktur Jenderal dan seterusnya. Undang-Undang Dasar dan TAP MPR ditetapkan oleh MPR, sedangkan Undang-undang dibentuk oleh presiden dengan persetujuan DPR, Perpu ditetapkan oleh Presiden, tetapi dalam satu tahun harus sudah dimintakan persetujuan DPR dan jika disetujui maka Perpu meningkat menjadi UU, jika dicabut, maka perpu tidak dapat dilanjutkan lagi pada persidangan selanjutnya. PP ditetapkan sendiri

[50] Jimly Assiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar...,* hal. 9-14.

oleh pemerintah tanpa harus meminta persetujuan DPR, PP biasanya dibuat oleh pemerintah untuk melaksanakan UU. Keppres dibentuk sendiri oleh Presiden tanpa perlu mengaitkan dengan materiil UU, sifatnya mandiri karena membuatnya merupakan kewenangan Presiden selaku kepala negara maupun pemerintahan.

2. Pembentukan hukum Yurisprudensi; Yurisprudensi merupakan keputusan hakim yang sudah berkekuatan hukum tetap. Putusan hakim tersebut dapat dijadikan acuan atau sandaran oleh hakim yang lain dengan mempertimbangkan fakta-fakta baru karena perbedaan ruang, waktu dan subjek hukum yang terlibat. Asas-asas dan prinsip-prinsip hukum dapat diambil menjadi dasar hukum dalam memutuskan perkara yang dihadapi. Di sini hakim dituntut bertindak aktif dan proaktifdalam menafsirkan asas-asas dan norma-norma hukum yang terkandung dalam keputusan-keputusan hakim terdahulu. Tradisi ini kemudian dikenal dengan "*judge-made law*" (hukum buatan hakim)

atau sekedar pemberlakuan "Yurisprudensi" sebagai sumber hukum menurut tradisi "*civil law*".

3. Pembentukan Hukum adat; merupakan proses pelembagaan nilai-nilai dan proses pengulangan prilaku warga yang menjadi norma yang dilengkapi dengan sistem sanksi. Hukum adat ini pada awalnya merupakan kebiasaan pribadi (*individual habbit*) yang kemudian diikuti oleh orang lain secara berulang-ulang (*social habbit*) yang kemudian berkembang menjadi kebiasaan (*custom)*. Bagi orang yang tidak mengikuti biasanya terkena sanksi bahkan terkadang dianggap menyimpang (*deviant behavior*). Di negara Indonesia hukum adat menjadi salah satu sistem hukum nasional.
4. Pembentukan Hukum volunter; hampir sama dengan hukum adat, yakni tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, namun sistem yang berkembang dalam praktek hukum ini berasal dari sumber hukum luar atau asing. Seperti halnya *venture capital*, yang cara pengaturannya terhadap

praktek bisnis yang dilakukan oleh para pengusaha sendiri.

5. Pembentukan Doktrin Ilmu Hukum; kalau *professional's law* bermula dari pengalaman subjek hukum yang mengikuti pengalaman orang lain dari lingkungan luar kesadaran hukum masyarakat bersangkutan. Maka doktrin Ilmu Hukum berawal dari pendapat hukum seorang akademisi yang karena otoritasnya kemudian diikuti oleh orang lain dan menjadi pandangan banyak orang.

BAGIAN TIGA

HUKUM PERKAWINAN BEDA AGAMA DALAM PERSPEKTIF TEORI KONTRAK SOSIAL

1. Pengertian Perkawinan Beda Agama

Menurut Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 "perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa".

Perkawinan menurut Hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau *miitsaaqan gholiidhan* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan Ibadah.[51]

Menurut Sardjono, bahwa "ikatan lahir" berarti bahwa para pihak yang terikat perkawinan secara formil

[51] *Kompilasi Hukum Islam*, Buku 1 tentang Perkawinan, Pasal 2.

merupakan pasangan suami isteri baik bagi mereka dalam hubungannya satu sama lain maupun bagi mereka dalam hubungannya dengan masyarakat luas. Adapaun "ikatan batin" berarti bahwa dalam batin suami isteri yang bersangkutan terkandung niat yang sungguh-sungguh untuk hidup bersama sebagai suami isteri dengan kesungguhan niat untuk hidup bersama sebagai suami isteri dengan tujuan untuk membentu dan membina keluarga bahagia dan kekal.[52]

Menurut Mahmud Yunus, perkawinan ialah aqad antara calon laki-isteri untuk memenuhi hajat jenisnya menurut yang diatur dalam syari'at. Adapun Sayuti Thalib menjelaskan bahwa perkawinan ialah perjanjian suci membentuk keluarga antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan. Sedangkan M. Idris Ramulyo menjelaskan perkawinan menururt Islam ialah perjanjian suci yang kuat dan kokoh untuk hidup bersama secara sah antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan

[52] Asmin, *Status Perkawinan Antar Agama Ditinjau dari Undang-Undang Perkawinan No. 1/1974*, ttp., Dian Rakyat, 1986, hal. 19

membentuk keluarga yang kekal, santun menyantuni, kasih mengasihi, aman tenteram bahagia dan kekal.[53]

Pengertian perkawinan menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bukan hanya sekedar sebagai suatu perbuatan hukum saja, akan tetapi juga merupakan suatu perbuatan keagamaan, sehingga oleh karenanya sah atau tidaknya suatu perkawinan digantungkan sepenuhnya pada hukum masing-masing agama dan kepercayaan yang dianut oleh rakyat Indonesia.[54]

Adapun perkawinan beda agama adalah istilah staatblad Tahun 1898 N0. 158 disebut dengan perkawinan campuran yang tidak hanya terdiri dari perkawinan antara pria dan wanita yang berbeda warga Negara ataupun beda budaya, tetapi juga beda agama sebagaimana diatur dalam Staatsblad 1898 No. 158 Pasal 1 yang menjelaskan bahwa "perkawinan campuran ialah perkawinan antara orang-orang yang di Indonesia tunduk kepada hukum-kuhum

[53] Sebagaimana dikutip Asmin, *Status Perkawinan Antar Agama…,* hal. 27.

[54] Abdurrahman dan Riduan Syahrani, *Hukum Perkawinan*, Bandung: Alumni, 1978, hal. 9.

yang berlainan". Ini mengandung arti bahwa perkawinan campuran tidak hanya menyangkut perbedaan Negara, tetapi juga perbedaan suku bahkan perbedaan agama. Penjelasan tersebut dapat dilihat pada Pasal 7 ayat (2) yang menyebutkan bahwa "perbedaan agama, bangsa atau asal usul itu sama sekali bukan menjadi halangan untuk perkawinan itu."

Adapun sistem administrasi perkawinan beda agama dalam Undang-Undang Nomor. 23 tahun 2006 Pasal 9 ayat (10) huruf b yang menjelaskan kewenangan instansi pelaksana administrasi kependudukan bahwa "memperoleh data mengenai peristiwa penting yang dialami penduduk atas dasar putusan atau penetapan pengadilan". Dengan ketentuan tersebut maka perkawinan beda agama selanjutnya dicatatkan di catatan sipil setelah mendapatkan penetapan dari Pengadilan Negeri.

Dengan demikian perkawinan Pasangan beda agama dalam hukum Indonesia adalah perkawinan yang dilakukan oleh pasangan suami isteri yang berlainan agama.

2. Kedudukan dan Legalitas Perkawinan Beda Agama di Indonesia

Sebelum lahirnya Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 perkawinan yang ada di Indonesia diatur dalam beberapa aturan hukum, baik hukum agama Islam, Kristen, Katholik, Hindu, Budha ataupun hukum Adat.

Seperti halnya pada masa kekuasaan Belanda, perkawinan diatur dalam beberapa peraturan menurut golongannya. *Pertama*, bagi orang Eropa berlaku Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*) atau disingkat BW. *Kedua*, bagi orang-orang Tionghoa, secara umum juga berlaku *Burgerlijk Wetboek* (BW) dengan pengecualian, bahwa hal-hal yang berhubungan dengan Pencatatan jiwa dan acara sebelum perkawinan. *Ketiga*, bagi orang Arab dan Timur Asing yang bukan Tionghoa berlaku hukum adat mereka. *Keempat*, bagi orang Indonesia asli berlaku hukum adat mereka, ditambah untuk orang Kristen berlaku Undang-Undang Perkawinan Kristen Jawa, Minahasa dan Ambon (*Huwelijk Ordonantie Christen Indonesiers Java, Minahasa an Amboina* (HOCI) berdasar

Staatsblad. No. 74 Tahun 1933. *Kelima*, bagi orang yang tidak termasuk ke dalam empat golongan tersebut berlaku peraturan perkawinan campuran. [55]

Ketentuan perkawinan campuran diatur dalam Staatsblad 1898 No. 158 dimana Pasal 1 menjelaskan bahwa yang dimaksud "perkawinan campuran ialah perkawinan antara orang-orang yang di Indonesia tunduk kepada hukum-hukum yang berlainan". Dengan demikian perkawinan campuran merupakan perkawinan antara orang-orang yang di Indonesia yang tunduk kepada hukum yang berlainan termasuk di dalamnya perkawinan beda agama sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 7 ayat 2 bahwa "perbedaan agama, bangsa atau asal itu sama sekali bukan menjadi halangan untuk perkawinan itu".

Namun demikian konsep perkawinan campuran yang terdapat dalam Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 mengalami perbedaan cakupan dengan Staatsblad 1898 No. 158, karena sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 64

[55] Wirjono Prodjodikoro sebagaimaa dikutip Khoiruddin Nasution, *Status Wanita di Asia Tenggara: Studi terhadap Perundang-undangan Perkawinan Muslim Kontemporer di Indonesia dan Malaysia,* Jakarta: INIS, 2002, hal. 41.

Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 bahwa "yang dimaksud dengan perkawinan campuran dalam Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 ialah "perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarganegaraan dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia".

Sebagaimana dijelaskan Subekti,[56] bahwa lahirnya Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 merupakan upaya pemerintah untuk menghilangkan keanekaragaman hukum perkawinan dengan mengadakan keseragaman hukum perkawinan. Namun demikian ketentuan Undang-Undang Perkawinan tersebut belum mengatur keseragaman karena sebagaimana diatur dalam Pasal 66 tentang "ketentuan penutup" menyatakan bahwa "peraturan-peraturan yang terdapat dalam KUH Perdata, Ordonansi Perkawinan Orang Indonesia Kristen (Staatsblad 1933 No.74) dan Peraturan perkawinan campuran (Staatsblad 1898 No. 158) tidak berlaku lagi sejauh telah

[56] R. Subekti, *Ringkasan tentang Hukum Keluarga dan Hukum Waris*, Jakarta: PT. Intermasa, 1990, hal. 2.

diatur dalam Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 tersebut. Namun kenyataannya masih banyak ketentuan perkawinan yang belum diatur.

Dengan demikian perkawinan beda agama tidak diatur dalam Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 dan ini dianggap sebagai kekosongan hukum oleh Ratno Likito.[57] Kekososngan hukum itu dapat dilihat bagaimana para hakim Mahkamah Agung yang memutuskan kasus Andy Vonny dan Andrianus Pertus Hendrik Nelwan dilihat dalam perspektif hak asasi manusia. Hal ini diperkuat oleh pertimbangan hukum yang dijadikan dasar oleh hakim Mahkamah Agung yakni diterimanya permohonan perkawinan beda agama tersebut berdasar pertimbangan hak konstitusional semua warga Negara sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 27 Undang-Undang Dasar 1945 bahwa setiap warga Negara setara di hadapan hukum.

Dengan demikian sebelum adanya ketentuan perkawinan dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974

[57] Lihat: Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler: Studi tentang Konflik dan Resolusi dalam Hukum di Indonesia*, Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008, hal. 433

perkawinan beda agama mendapatkan legitimasi hukum berdasarkan Staatsblad 1898 No. 158. Berbeda dengan ketentuan Undang-Undang Perkawinan yang tidak mengatur perkawinan beda agama, karena Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 hanya menganggap sah perkawinan yang dilakukan sesuai dengan agama dan kepercayaannya, sebagaimana tercantum dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974. Dengan demikian ketika kembali kepada agama dan kepercayaannya maka legitimasi keabsahan perkawinan beda agama berada pada wilayah kekuasaan agama masing-masing, dan ketika kembali kepada kekuasaan agama, ada kemungkinan muncul beberapa perspektif keagamaan, dari yang normatif hingga humanis.

Permasalahan muncul ketika ketentuan keabsahan perkawinan yang ada dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 dihadapkan dengan ketentuan administratif perkawinan beda agama sebagaimana ketentuan Undang-Undang No. 23 Tahun 2006. Di sini negara seolah-olah membolehkan perkawinan beda agama, karena tidak mungkin perkawinan beda agama

dicatatkan kalau sebelumnya tidak pernah ada perkawinan. Namun sayangnya negara hanya mengakui perkawinan beda agama hanya sebagai perkawinan perdata, bukan perkawinan yang dilegitimasi sebagai perkawinan yang sah secara agama. Tentu dalam tataran ini masih terjadi perdebatan panjang, karena sah tidaknya perkawinan akan menetukan akibat hukum dari perkawinan tersebut.

Dari paparan di atas dapat dijelaskan bahwa keabsahan perkawinan yang diakui di Indonesia hanya dijelaskan di dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan bahwa "Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut masing-masing agama dan kepercayaannya itu". Adapun tentang tata cara perkawinan yang dianggap sah menurut PP No. 9 Tahun 1975 adalah sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 10 ayat (2) yang menjelaskan "tatacara perkawinan dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu".

Namun pemahaman agama masing-masing juga sangat tergantung dan bersifat subjektif. Bagi orang yang memiliki pemahaman normatif tentu perkawinan harus

dilakukan antara laki-laki dan perempuan yang seagama, tetapi bagi orang yang menghubungkan permasalahan perkawinan beda agama dengan permasalahan hak asasi manusia, maka pelarangan perkawinan beda agama tidak sesuai dengan konsep kebebasan berbuat dan berkehendak, atau tidak memberi rasa keadilan yang sama di muka hukum (*equality before the law*). Demikian pula bagi orang yang memahami agama secara "rasional", maka perkawinan beda agama bukanlah sesuatu yang absolut.

Selanjutnya keabsahan perkawinan beda agama juga menjadi permasalahan dalam tataran implementasinya ketika dikaitkan dengan akibat hukum yang ditimbulkannya. Hal ini karena perkawinan yang sah akan menimbulkan akibat hukum. Secara normatif, akibat hukum dari suatu perkawinan itu pada pokoknya menyangkut 3 (tiga) hal penting, yaitu: a) timbulnya hubungan antara suami isteri; b) timbulnya harta benda dalam perkawinan; c) timbulnya hubungan antara orang tua dengan anak.

Akibat hukum perkawinan terhadap harta benda suami isteri diatur dalam Bab VII yang terdiri dari 3 (tiga)

Pasal yaitu: Pasal 35, Pasal 36 dan Pasal 37. Di dalam Pasal 35 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan disebutkan: 1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama; 2) Harta bawaan dari masing-masing suami dan isteri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Dengan demikian, pada asasnya Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan mengatur bahwa dalam suatu perkawinan itu ada dua kelompok harta yaitu harta bersama dan harta bawaan termasuk di dalamnya harta benda yang diperoleh masing-masing suami isteri berupa hadiah atau warisan. Selanjutnya akibat perkawinan terhadap anak yang lahir dalam perkawinan menimbulkan hak dan kewajiban antara orang tua dan anak secara timbal balik. Jika dalam perkawinan itu lahir anak-anak, mengenai kedudukan anak serta hubungan orang tua dengan anak-anaknya itu diatur dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dalam Bab X dari Pasal 45 sampai dengan Pasal 49.

Demikian pula keabsahan dari perkawinan beda agama tersebut juga berdampak pada hak mewaris anak yang diperoleh dari perkawinan tersebut. Di dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 menentukan bahwa; "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya, keluarga ibunya."

Sistem Administrasi dan Mekanisme Perkawinan Beda Agama di Indonesia

Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan, menjelaskan tentang sistem tertib administrasi tentang peristiwa penting yang salah satunya adalah peristiwa perkawinan sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 8 dan 9 Undang-Undang No. 23 Tahun 2006.

Pasal 8 ayat (1) menjelaskan bahwa "Instansi pelaksana melaksanakan urusan administrasi kependudukan dengan kewajiban meliputi:

(a) Mendaftar peristiwa kependudukan dan mencatat peristiwa penting;

(b) Memberikan pelayanan yang sama dan professional kepada setiap penduduk atas pelaporan peristiwa kependudukan dan peristiwa penting;

(c) Menerbitkan peristiwa kependudukan;

(d) Mendokumentasikan hasil pendaftaran penduduk dan pencatatan sipil;

(e) Menjamin kerahasiaan dan keamanan data atas peristiwa kependudukan dan peristiwa penting; dan

(f) Melakukan verifikasi dan validasi data dan informasi yang disampaikan oleh penduduk dalam pelayanan pendaftaran penduduk dan pencatatn sipil;

Pasal 8 ayat (2) dijelaskan bahwa "kewajiban dimaksud pada ayat (1) huruf a untuk mencatat nikah, talak, cerai dan rujuk bagi yang beragama Islam pada tingkat kecamatan dilakukan oleh pegawai pada KUA Kecamatan.

Selanjutnya Pasal 9 ayat (1) menjelaskan bahwa "Instansi pelaksana melaksanakan urusan administrasi kependudukan dengan kewenangan yang meliputi:

(a) Memperoleh keterangan dan data yang benar tentang peristiwa kependudukan dan peristiwa penting yang dilaporkan penduduk.
(b) Memperoleh data mengenai peristiwa penting yang dialami penduduk atas dasar penetapan pengadilan.

Demikian pula Pasal 34 dan 35 UU Nomor. 23 Tahun 2006 memperjelas ketentuan pencatatan perkawinan, bahwa:

Pasal 34

(1) Perkawinan yang sah berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan wajib dilaporkan oleh penduduk kepada instansi pelaksana di tempat terjadinya perkawinan paling lambat 60 (enam puluh) hari sejak tanggal perkawinan.
(2) Berdasarkan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pejabat Pencatatan Sipil mencatat pada register Akta Perkawinan dan menerbitkan Kutipan Akta Perkawinan.

Kemudian dalam Pasal 35 disebutkan bahwa: "Pencatatan perkawinan sebagaimana dimaksud Pasal 34

beraku pula bagi: (a) perkawinan yang ditetapkan oleh pengadilan.

Dengan penjelasan di atas dapat diketahui bahwa peristiwa-peristiwa penting dimaksud peristiwa-peristiwa yang termasuk di dalamnya peristiwa perkawinan yang dilakukan oleh pasangan selain yang beragama Islam dicatatkan di Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil (Dispendukcapil) sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 8 Undang-Undang Nomor. 23 Tahun 2006. Namun demikian sebagaimana penjelasan Pasal 9 ayat (1) huruf b bahwa pencatatan dimaksud dilakukan setelah catatan sipil mendapat penetapan dari Pengadilan Negeri yang mengindikasikan bahwa yang bersangkutan telah mendapatkan penetapan dari Pengadilan Negeri.

Tugas pencatatan sipil yang terkait dengan administrasi pencatatan tersebut sesuai dengan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 9 Tahun 1975 tentang pelaksanaan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 2 yang menjelaskan tentang pencatatan perkawinan:

Pasal 2 menjelaskan:

(1) Pencatatan perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agama Islam, dilakukan oleh Pegawai Pencatat sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang No. 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak dan Rujuk.

(2) Pencatatan perkawinan dari mereka yang melangsungkan perkawinannya menurut agamanya dan kepercayaannya itu selain agama Islam, dilakukan oleh Pegawai Pencatat Perkawinan pada Kantor Catatan Sipil sebagaimana dimaksud dalam berbagai perundang-undangan mengenai pencatatn perkawinan.

(3) Dengan tidak mengurangi ketentuan-ketentuan yang khusus berlaku bagi tatacara pencatatan perkawinan berdasarkan berbagai peraturan yang berlaku, tatacara pencatatan perkawinan dilakukan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 3 sampai dengan Pasal 9 Peraturan Pemerintah ini.

Adapun mekanisme yang harus dilakukan oleh orang yang akan melangsungkan perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 PP No. 9 Tahun 1975 bahwa:

(1) Setiap orang yang akan melangsungkan perkawinan memberitahukan kehendaknya itu kepada pegawai pencatat di tempat perkawinan akan dilangsungkan.
(2) Pemberitahuan tersebut dalam ayat (1) dilakukan sekurang-kurangnya 10 (sepuluh) hari kerja sebelum perkawinan dilangsungkan.
(3) Pengecualian terhadap jangka waktu tersebut dalam ayat (2) disebabkan sesuatu alasan yang penting diberikan oleh Camat atas nama Bupati Kepala Daerah.

Pasal 4

"Pemberitahuan dilakukan secara lisan atau tertulis oleh calon mempelai atau oleh orang tua atau walinya."

Pasal 5

"Pemberitahuan memuat nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan, tempat kediaman calon

mempelai dan apabila salah seorang atau keduanya pernah kawin disebutkan juga nama isteri atau suami terdahulu.

Pasal 6

(1) Pegawai Pencatat yang menerima pemberitahuan kehendak melangsungkan perkawinan, meneliti apakah syarat-syarat perkawinan telah dipenuhi dan apakah tidak terdapat halangan perkawinan menurut Undang-Undang.
(2) Selain penelitian sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) Pegawai Pencatat meneliti pula:
    (a) Kutipan akta kelahiran atau surat kenal lahir calon mempelai. Dalam hal tidak ada akta kelahiran atau surat kenal lahir, dapat dipergunakan surat keterangan yang menyatakan umur dan asal usul calon mempelai yang diberikan oleh Kepala Desa atau yang setingkat dengan itu;
    (b) Keterangan mengenai nama, agama/kepercayaan, pekerjaan dan tempat tinggal orang tua calon mempelai.

Pasal 7

(1) Hasil penelitian sebagai dimaksud Pasal 6, oleh Pegawai Pencatat ditulis dalam sebuah daftar yang diperuntukkan untuk itu.
(2) Apabila ternyata dari hasil penelitian terdapat halangan perkawinan sebagi dimaksud Undang-undang dan atau belum dipenuhinya persyaratan tersebut dalam Pasal 6 ayat (2) Peraturan Pemerintah ini, keadaan itu segera diberitahukan kepada calon mempelai atau kepada orang tua tau kepada wakilnya.

Pasal 8

"Setelah dipenuhinya tata cara dan syarat-syarat pemberi-tahuan serta tiada sesuatu halangan perkawinan, Pegawai Pencatat menyelenggarakan pengumuman tentang pemberi-tahuan kehendak melangsungkan perkawinan dengan cara menempelkan surat pengumuman menurut formulir yang ditetapkan pada Kantor Pencatatan Perkawinan pada suatu tempat yang sudah ditentukan dan mudah dibaca oleh umum."

Pasal 9

"Pengumuman ditandatangani oleh Pegawai Pencatat dan memuat:

(1) Nama, umur, agama/kepercayaan, pekerjaan, tempat kediaman dari calon mempelai dan dari orang tua calon mempelai; apabila salah seorang atau keduanya pernah kawin disebutkan nama isteri dan atau suami mereka terdahulu;
(2) Hari, tanggal, jam dan tempat perkawinan akan dilangsungkan.

Adapun mekanisme perkawinan beda agama di Indonesia Menurut ketentuan Pasal 21 Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 dinyatakan bahwa:

(1) Jika pegawai pencatat perkawinan berpendapat bahwa terhadap perkawinan tersebut ada larangan menurut undang-undang ini, maka ia akan menolak melangsungkan perkawinan.
(2) Di dalam hal penolakan, maka permintaan salah satu pihak yang ingin melangsungkan perkawinan oleh pegawai pencatat perkawinan akan diberikan suatu

keterangan tertulis dari penolakan tersebut disertai dengan alasan-alasan penolakannya.

(3) Para pihak yang perkawinannya ditolak berhak mengajukan permohonan kepada pengadilan di dalam wilayah mana pegawai pencatat perkawinan yang mengadakan penolakan berkedudukan untuk memberikan keputusan, dengan menyerahkan surat keterangan penolakan tersebut di atas.

(4) Pengadilan akan memeriksa perkaranya dengan acara singkat dan akan memberikan ketetapan apakah ia akan menguatkan penolakan tersebut ataukah memerintahkannya, agar supaya perkawinan dilangsungkan.

(5) Ketetapan ini hilang kekuasaannya, jika rintangan-rintangan yang mengakibatkan penolakan tersebut hilang dan pada pihak yang ingin kawin dapat mengulangi pemberitahuan tentang maksud mereka.

Selanjutnya setelah Pengadilan Negeri mengabukan permohonan pemohon untuk menikah beda agama, maka para pihak mendaftarkan

permohonan perkawinan beda agama mereka kepada Kantor Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil.

Proses Penentuan hukum Perkawinan Beda Agama dalam Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974

Undang-Undang perkawinan di Indonesia pada awalnya merupakan rancangan undang-undang perkawinan yang diajukan oleh pemerintah kepada DPR.

Proses penentuan hukum perkawinan beda agama dalam Undang-undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 tidak dapat dipisahkan dari proses penentuan hukum perkawinan secara umum, karena perkawinan beda agama merupakan salah satu isu dari penyusunan undang-undang perkawinan disamping masalah poligami, pencatatan perkawinan dan lain-lain.

Secara prosedural langkah-langkah dalam penentuan Undang-undang perkawinan sesuai dengan ketentuan, yakni pengajuan Rancangan Undang-undang perkawinan oleh pemerintah pada sidang

pleno DPR, dilanjutkan dengan sidang pleno Fraksi-fraksi di DPR dimana keterwakilan Fraksi pada waktu itu terdiri dari Golkar 261 orang, ABRI : 75 orang, Partai Demokrasi Indonesia : 30 orang dan PPP: 94 orang dengan komposisi NU: 58 orang, Parmusi: 24 orang, PSII: 10 orang dan Perti; 2 orang.[58]

Selanjutnya pidato pemandangan umum dari masig-masing Fraksi di DPR melalui juru bicara masing-masing Fraksi. Selanjutnya pemerintah menjawab dengan menyetujui sebagaian atau tidak menyetujui sebagian. Tahapan selanjutnya sidang Pleno Fraksi dengan disusunnya team kerja Fraksi dilanjutkan rapat kerja komisi dengan pemerintah. Pada proses ini bisa terjadi lobby antar Fraksi dan pemerintah, dilanjutkan dengan laporan kerja Team ahli dari Fraksi sekaligus menyusun dan mengesahkan dalam sidang pleno Fraksi. Setelah itu dilaksanakan sidang DPR yang menyampaikan pidato pengesahan undang-undang.

[58] Amak FZ., *Proses Undang-undang*...., hal. 11.

Walaupun secara umum tahapan-tahapan sudah sesuai dengan prosedur yang berlaku, namun dalam perjalanan penentuan RUU perkawinan menjadi Undang-undang, banyak tanggapan dari masyarakat, terutama masyarakat muslim.

Setelah anggota DPR menerima Naskah RUU Perkawinan, respon yang paling banyak berasal dari umat Islam yang menganggap bahwa ketentuan perkawinan beda agama sama sekali tidak sesuai dengan syari'at Islam. Tanggapan ini pertama kali muncul dari K.H. Yusuf Hasyim yang menganggap suara Sugiarto dari Fraksi Golkar paralel dengan suara Doktrin Komunis.

Menurut Yusuf Hasyim, pengasuh Pondok Pesantren Tebuireng yang juga menjadi anggota Fraksi Persatuan Pembangunan. Menurut Yusuf Hasyim bawa RUU Perkawinan yang telah disampaikan pemerintah kepada anggota DPR mengandung ketentuan yang bertentangan dengan Pancasila, UUD 1945 dan Pidato Kenegaraan Presiden Soeharto tanggal 16 Agustus 1973.

Menurut Yusuf Hasyim, pasal 29 UUD 1975 tegas-tegas menyatakan bahwa negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu, tetapi dalam RUU perkawinan, tidak ada jaminan bagi umat Islam untuk melaksanakan perkawinannya menurut hukum perkawinan Islam, bahkan bertentangan dengan pidato presiden di muka sidang pleno DPR RI tanggal 16 Agustus 1973 yang menegaskan bahwa dalam negara yang berdasar Pancasila yang ber-Ketuhanan Yang Maha Esa maka perkawinan mempunyai hubungan yang sangat erat dengan unsur-unsur keagamaan dan kerohanian.

Lebih lanjut Yusuf Hasyim mengatakan bahwa;

"Dengan RUU itu kalau sudah menjadi Undang-undang menjadikan golongan minoritas seperti Cina dan orang-orang Eropa serta mereka yang beragama Kristen telah mendapat perlindungan dalam hal perkawinan mereka. Tetapi sebaliknya umat Islam yang merupakan mayoritas, bukan saja tidak mendapat

perlindungan, bahkan terlarang melakukan perkawinan menurut tuntunan agamanya".[59]

Bahkan lebih lanjut Yusuf Hasyim menganggap bahwa RUU Perkawinan tersebut paralel dengan suara komunis yang mengatakan agama adalah racun.

Tanggapan yang senada dilontarkan Hamka yang ditulis dalam harian KAMI sebagai berikut;

"....bahwa kaum Muslimin sedang lemah, dapat dikutak katikkan, di saat itulah ditonjolkan orang suatu RUU Perkawinan yang pada pokok asas dan prinsipnya yalah memaksa kaum Muslimin golongan mayoritas dalam negara ini, meninggalkan syariat agamanya sendiri, tentang perkawinan supaya menggantinya dengan suatu peraturan dan perundangan lain yang maksudnya menghancurkan asas Islam sama sekali".[60]

[59] Amak FZ., *Proses Undang-Undang*...., hal. 14.
[60] Amak FZ., *Proses Undang-Undang*...., hal 15.

Lebih lanjut di akhir tulisannya Hamka mengeluarkan fatwa haram nikahnya umat Islam berdasar kepada undang-undang tersebut dan hanya wajib menikah secara Islam. Dan barang siapa kaum muslimin yang menjalankan undang-undang itu sebagai ganti dari peraturan syari'at Islam tentang perkawinan, berarti mereka mengakui ada lagi satu peraturan yang lebih baik dari peraturan Allah dan Rasul. Kalau ada pengakuan demikian maka kafirlah hukumnya.

Bahkan setelah ada penegasan dari Presiden Soeharto yang mejelaskan bahwa RUU Perkawinan tidak bertentangan dengan ajaran-ajaran Islam, masih tetap ditentang oleh suara institut yang diajukan oleh Pihak IAIN Sunan Kalijaga. Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan IAIN Sunan Kalijaga, terdapat empat belas (14) pasal dalam RUU Perkawinan yang tidak sesuai dengan ketentuan ajaran Islam, yaitu: tentang definisi perkawinan, kemungkinan poligami dan poliandri, tidak adanya penegasan pembatasan poligami, pembatasan izin

pengadilan kepada suami yang akan beristeri lebih dari seorang, jangka waktu isteri pergi tanpa kabar, soal wali, larangan perkawinan karena hubungan pengangkatan anak, tentang waktu tunggu (iddah), larangan kawin lagi bagi suami isteri yang sudah bercerai untuk kedua kalinya, pertunangan, putusnya perceraian dan perbedaan agama dalam perkawinan.[61]

Selanjutnya dalam tanggapannya pemerintah yang diwakili menteri Agama Mukti Ali menjelaskan bahwa mengemukakan bahwa DPR adalah lembaga perwakilan rakyat yang mencerminkan perasaan-perasaan, keinginan-keinginan dan harapan-harapan semua masyarakat yang diwakilinya. Oleh karena itu pemerintah menyadari bahwa kerja sama kedua lembaga yakni eksekutif dan legislatif itu penting dan harus dilakukan.

Mengenai beberapa pasal RUU Perkawinan yang dipermasalahkan oleh anggota-anggota DPR, menteri agama pertama-tama menjelaskan pasal 2 RUU tersebut tentang kesyahan perkawinan yang ditegaskan bahwa

[61] Amak FZ., Proses Undang-undang..., hal. 23.

perkawinan itu "dilangsungkan menurut ketentuan hukum perkawinan pihak-pihak yang melakukan perkawinan", ini berarti bahwa bagi orang Indonesia yang beragama Islam berlakulah hukum yang diterima dalam hukum adat itu.[62]

Akhirnya setelah beberapa kali diadakan loby, PPP yang selama itu paling keras menolak RUU Perkawinan menyatakan bahwa "perkawinan adalah ikatan lahir dan batin antara seorang laki-laki dan seorang wanita untuk membentuk keluarga yang bahagia dan kekal". Dengan sendirinya dalam negara yang berdasarkan Pancasila yang berke-Tuhan-an yang Maha Esa ini, maka perkawinan mempunyai hubungan yang sangat erat dengan unsur-unsur keagamaan dan kerohanian, Perkawinan bukan hanya menyangkut unsur-unsur lahiriyah tetapi juga unsur batiniah yang dalam dan luhur.[63]

Dengan tidak adanya pertentangan dari PPP, akhirnya setelah RUU Perkawinan mengalami

[62] Amak FZ., *Proses Undang-Undang*...., hal. 64.
[63] Amak FZ, *Proses Undang-Undang*...., hal. 85.

penyempurnaan disahkan oleh dewan Perwkilan Rakyat Republik Indonesia guna dijadikan Undang-undang Perkawinan. Satu hal permintaan dari Fraksi Demokrasi Indonesia agar pemerintah dalam mengeluarkan aturan pelaksana Undang-undang ini benar-benar merupakan pengejawantahan dari Undang-Undang Dasar 1945 dan Pancasila.[64]

[64] A mak FZ, *Proses Undang-Undang*...., hal. 101.

BAGIAN EMPAT

PROSES PENENTUAN HUKUM BEDA AGAMA DALAM PERSPEKTIF SOSIAL KONTRAK

Keadilan dalam Hukum Perkawinan Beda Agama di Indonesia

Menurut Moh Mahfudh MD, bahwa Indonesia bukanlah negara Islam atau negara sekuler, tetapi negara yang berdasarkan Pancasila,[65] sehingga tidak mungkin semua aturan yang terkait *civil society* diatur berdasarkan agama Islam atau agama tertentu. Namun kenyataannya negara mengatur hal-hal yang terkait dengan keagamaan masyarakat, termasuk dalam masalah perkawinan beda agama. Negara mengatur sahnya perkawinan berdasarkan ketentuan agama yang beraku di Indonesia, yang hanya dibatasi kepada enam agama saja.

[65] Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum* ..., hal. 281 .

Ketentuan pasal 2 ayat 1 tentang keabsahan perkawinan sebenarnya bersifat adil karena " perkawinan dianggap sah berdasar pada ketentuan masing-masing agama dan kepercayaannya itu". Namun yang menjadi persoalan adalah penafsiran para tokoh agama, masyarakat dan penegak hukum terhadap ketentuan hukum yang terdapat dalam pasal tersebut. Artinya boleh dan tidaknya perkawinan beda agama sangat tergantung kepada hukum masing-masing agama. Terkait dengan hukum Islam, maka ketentuan syarat yang terdapat dalam kompilasi hukum Islam (KHI) karena KHI dianggap hukum positif bagi orang Islam maka bisa jadi ketentuan hukum tersebut dipakai. Walaupun sebagaimana kita ketahui bahwa pendapat ulama-ulama lain dalam Islam ada yang membolehkannya. Demikian pula dengan agama lain, sangat tergantung kepada para pemuka agama dan aturan yang terdapat dalam agama tersebut.

Permasalahan lain yang muncul adalah ketika konsep keabsahan perkawinan tersebut dibenturkan dengan secara konstitutif dengan Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (HAM) Pasal 10 ayat (1) yang

menjelaskan bahwa "setiap orang berhak untuk membentuk suatu keluarga dan menlanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah dan atas kehendak yang bebas", demikian pula dengan ketentuan Pasal 29 ayat (2) "Negara menjamin kemerdekaan setiap warga Negara untuk memeluk agamanya masing-masing". Di sini nampak ada kontradiksi, karena disisi lain negara memberi kebebasan dan hak kepada setiap warga negara untuk berkeluarga dan melanjutkan keturunannya, tetapi disisi lain kebolehan tersebut dibatasi oleh ketentuan batasan-batasan agama yang dianggap sah oleh negara, apalagi negara hanya menganggap sah perkawinan yang sesuai dengan 6 (enam) agama saja, yakni Islam, Katholik, Kristen, Budha, Hindu dan Konghucu.

Dalam tataran implementasinya, negara Indonesia nampaknya tidak sesuai dengan konsep hak asasi manusia ataupun *religious freedom*[66] karena yang masih menganggap keabsahan perkawinan diatur sesuai agama yang hanya

[66] Tore Lindolm, W. Cole Durham, Jr., Bahia G. Tahzib-Lie (Eds.), *Facilitating Freedom of Religion or Belief*..., hal. xxxvii-xxxix

terbatas pada enam agama yang diakui negara, tidak dalam agama selain yang enam tersebut.

Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (HAM) Pasal 10 ayat (1) yang menjelaskan bahwa "setiap orang berhak untuk membentuk suatu keluarga dan menlanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah dan atas kehendak yang bebas", demikian pula dengan ketentuan Pasal 29 ayat (2) "Negara menjamin kemerdekaan setiap warga Negara untuk memeluk agamanya masing-masing".

Ninan Koshy dengan mengutip pendapat Carillo de Albornoz[67] bahwa *religious liberty* atau kebebasan beragama memiliki empat aspek utama yakni: kebebasan nurani (*liberty of conscience*), kebebasan mengekspresikan keyakinan keagamaan (*liberty of religious expression*), kebebasan melakukan perkumpulan keagamaan (*liberty of religious association*), dan kebebasan melembagakan keagamaan (*liberty of religious institutionalization*). Dari keempat aspek tersebut, aspek kebebasan yang bersifat nurani adalah hak yang

[67] Ninan Koshy, *Religious Freedom in Changing World*, Geneva: WCC Publication, 1992, 22-23.

paling asli dan paling absolut. Oleh karena kebebasan nurani ini merupakan hak yang paling absolut, maka konsep kebebasan beragama harus mencakup kebebasan untuk memilih atau tidak memilih agama tertentu sesuai dengan nurani masing-masing individu.

Hal tersebut senada dengan Yudi Latif yang berpendapat bahwa generasi pertama hak asasi manusia ini sangat terkait dengan hak sipil, yag berhubungan langsung dengan orientasi etis kemanusiaan dan juga konteks *habeas corpus* yang menjadi salah satu pilar hukum internasional. Hak ini menyangkut hak hidup, hak kebebasan beragama/atau kepercayaan, hak untuk diproses secara hukum dengan seadil-adilnya, hak mengemukakan pendapat (*freedom of speech*) dan hak untuk turut serta dalam pengambilan keputusan besama (*voting rights*). Bahkan dalam UUD 1945, hak ini antara lain terkandung pada pasal 27 (pasal 1), 28 dan 29 UUD 1945.

Hal tersebut juga selaras dengan konsep hak asasi generasi ketiga: hak eonomi-soial-kultural-kolektif yang berupa pengakuan akan perlindungan keseluruhan kehidupan manusia, baik sekarang maupun yang akan

datang, baik di satu komunitas maupun antarkomunitas. Ada suatu pemahaman bahwa kehidupan dipengaruhi oleh dimensi masa lalu, masa sekarang, dan masa mendatang. Dalam kurun waktu itu. Hak generasi pertama dan juga generasi kedua, bisa jadi digerus atau dipinggirkan –secara sengaja (*by commission*) atau pelalaian (*by commission*). Generasi ketiga hak ini adalah, termasuk, hak atas perlindungan lingkungan hak masyarakat adat, hak ekonomi dan pembangunan, hak penentuan nasib sendiri, dan sebagainya. Dalam UUD 1945, hak ini antara lain terkandung dalam pasal 30, 32, 33 (3) dan 34 UUD 1945.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa walaupun hukum perkawinan beda agama sudah diatur dalam Undang-Undang perkawinan No. 1 Tahun 1974, nampaknya sangat normatif sebagaimana diskursus dan penafsiran agama dari para perumusnya pada saat itu. Keadaan demikianlah nampaknya yang menyebabkan tidak terakomodirnya pendapat lain yang membolehkan perkawinan beda agama. Dalam perspektif sosial kontrak, ketentuan tersebut akhirnya menjadi pemahaman normatif yang difahami mayoritas penduduk Indonesia, walaupun

menimbulkan problem dalam implementasinya seperti kontradiksi antara UUP No. 1 Tahun 1974 dengan UU Undang-Undang No. 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan dan rasa keadilan bagi warga negara Indonesia yang melakukan perkawinan beda agama.

Prinsip Keadilan dalam Proses Penentuan Hukum Perkawinan Beda Agama

Proses penentuan hukum perkawinan beda agama dilihat data yang ada dapat dikatakan sudah mengakomodir kepentingan berbagai pihak dengan prosedur yang dibenarkan oleh undang-undang, namun hasilnya yang berupa undang undang sebagaimana analisis di point 1 masih belum mengakomodir semua penduduk minoritas yang mungkin tidak masuk ke dalam eman agama yang diakui pemerintah.

Secara prosedural, penentuan hukum perkawinan beda agama di Indonesia terdapat di dalam penentuan Undang-undang perkawinan beda agama No 1 Tahun 1974. Dimana proses penentuan Undang-undang

memenuhi tahapan-tahapan terbentuknya suatu hukum dari Rancangan undng-undang sampai menjadi undang-undang.

Beberapa tahapan tersebut mulai dari pengajuan oleh pemerintah, pandangan Fraksi, tanggapan pemerintah, tanggapan Fraksi atas pandangan pemerintah, upaya loby-loby yang terjadi karena petidaksepakatan PPP terhadap rancangan undang-undang sudah sesuai dengan prosedur yang ada, demikian pula proses pembentkan undang-undang perkawinan memperhatikan aspirasi perempuan, para akademisi dan ulama. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa secara prosedural, Undang-Undang Perkawinan termasuk didalamnya yang memuat pasal 2 tentang keabsahan perkawinan sesuai dengan agama dan kepercayaannya disetujui oleh semua anggota legislatif yang merupakan perwakilan dari orang-orang yang mewakilkannya. Walaupun secara distributif masih dianggap kurang adil.

Keadilan prosedural dalam penentuan hukum tersebut juga nampaknya sesuai dengan konsep

permusyawaratan sebagaimana sila ke-empat dimana permusyawaratan yang dilakukan mencapai mufakat.

Hal ini sebagaimana Rousseau[68] bahwa anggota legislatif merupakan perwakilan dari masyarakat yang diwakilkannya, dimana mereka mempunyai kedudukan yang sama. Dengan demikian ketika ada undang-undang perkawinan yang tidak sesuai ketentuan hukumnya dengan keinginan masyarakat, maka masyarakat bisa mengajukan *judicial review*.

Hal yang sama diungkapkan Rawls, bahwa masyarakat dalam suatu negara memiliki kedudukan yang sama. Pemerintah mempunyai hak tertentu karena kekuatan dirinya, oleh karenanya untuk menyelaraskan kepentingan sendiri terhadap kepentingan umum dibutuhkan satu mekanisme yang disebut musyawarah. Inti musyawarah dilakukan untuk lebih mememtingkan kepentingan rakyat dibanding pemerintah.

Rawls sangat menekankan keadilan dengan prinsip *fairness* yang harus ditunjukkan dalam keadilan politik

[68] Jean-Jacques Rousseau, *On The Social Contract*, hal. 28-52

dan konstitusi. Keadilan politik adalah keadilan konstitusi dengan memberikan kebebasan yang setara pada semua warga. Keadilan politik terdiri dari dua aspek, yaitu keadilan prosedural yang ditetapkan oleh konstitusi, kedua menyusun sesuatu yang paling memungkinkan untuk menghasilkan sistem legislasi yang adil dan efektif. sehingga ketika ada hukum yang tidak sesuai dengan kehendak masyarakat maka masyarakat bisa mengajukan *judicial review*. Namun demikian Rawls melihat problem kekuasaan mayoritas dan keberadaan minoritas dalam menentukan undang-undang yang adil. Menurut Rawls ketika hukum dianggap tidak adil tetapi sebenarnya mendekati keadilan, maka minoritas harus menerima ketentuan hukum tersebut. Namun bila betul-betul tidak adil, maka secara bertahap hukum yang tidak adil tersebut harus selalu diupayakan menjadi adil. Problem inilah yang disebut Rawls dengan keadilan distributif[69], yakni sejauh mana semua pihak merasakan keutungan dari

[69] John Rawls, The Theory of Justice, United States of America: Harvard University Press, 2003.

hukum perkawinan yang ada di negara Indonesia. Artinya kalau semua orang belum merasakan kemanfaatan dan keuntungan yang sama, berarti keadilan distributifnya belum terpenuhi.

Pandangan Rawls tersebut nampaknya yang kini tepat ketika melihat ketentuan hukum perkawinan beda agama di Indonesia, perlu upaya-upaya yang lebih adil untuk mengakomodir hukum perkawinan bagi yang beragama di luar agama yang disepakati di Indonesia, yakni Islam, Kristen, Katholik, Hindu, Budha dan Konghucu, agar tercipta keadilan distributif dan prosedural.

Berbeda dengan Hobbes[70] dimana ia berpendapat bahwa ketika masyarakat sudah menundukkan hak dan kewajibannya kepada negara, maka ia memiliki kedudukan berbeda, dengan kata lain negara yang dalam hal ini dilaksanakan oleh pemerintah yang didalamnya terdapat eksekutif dan legislatif yang menentukan undang-undang, maka masyarakat sepenuhnya menggantungkan haknya kepada negara,

[70] Ahmad Suhelmi, Pemikiran Politik....., hal.252

dan tidak berhak melakukan upaya-upaya lain ketika terjadi ketidakadilan.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa proses penentuan hukum perkawinan beda agama dalam sistem hukum di Indonesia, walaupun sesuai dengan kesepakatan sosial (*social contract*) dan dilakukan berdasarkan proses permusyawaratan dan permufakatan, namun seiring perkembangan waktu, produk hukum terkait perlu dilakukan kajian ulang atau bahkan direview, terutama dalam tataran pelaksanaannya agar senantiasa dapat menciptakan rasa keadilan masyarakat yang terus berkembang baik keadilan distributif, normatif maupun prosedural.

BAGIAN LIMA

PENUTUP

Kesimpulan

Secara normatif perkawinan beda agama sangat tergantung kepada ajaran masing-masing agama, yakni dalam masalah keabsahannya. Hal ini karena ajaran agama memungkinkan orang melakukan penafsiran yang berbeda antar orang yang satu dengan yang lain tentang perkawinan beda agama. Sehingga dalam implementasinya masih menimbulkan masalah ketidakadilan karena tidak mengakomodir ketentuan hukum bagi semua masyarakat. Permasalahan selanjutnya keabsahan perkawinan di Indonesia masih hanya dibatasi hanya bagi agama yang dianggap sah oleh pemerintah, yakni Islam, kristen, Katolik, Hindu, Budha dan Konghucu, sedangkan agama minoritas tidak termasuk dalam ketentuan agama yang dianggap benar oleh pemerintah, sehingga menimbulkan

diskriminasi dan ketidakadilan terhadap seluruh warga negara, yakni minoritas.

Prosedur penentuan hukum perkawinan di Indonesia termasuk didalamnya yang terkait dengan perkawinan beda agama dapat dikatakan sudah mengakomodir suara masyarakat pada waktu itu, karena dilaksanakan dengan mekanisme yang sesuai ketentuan perundang-undangan, dilaksanakan dengan musyawarah yang dilakukan oleh anggota legislatif yang terdiri dari perwakilan partai-partai dan ABRI dan disahkan oleh presiden.

Dalam perspektif teori kontrak sosial, apa yang dilakukan eksekutif dan legislatif sebagai perwakilan masyarakat melakukan kesepakatan terkait ketentuan perkawinan merupakan kontrak yang sudah adil secara prosedural, walaupun secara distributif masih dianggap tidak adil, karena seiring dengan perkembangan waktu dan permasalahan terkait, maka nampak ada masyarakat minoritas yang belum

terakomodir dalam ketentuan undang-undang perkawinan tersebut.

Rekomendasi

Hendaknya pemerintah meninjau kembali ketentuan perkawinan beda agama yang belum memberi keadilan substantif bagi seluruh warga bangsa Indonesia.

Pengkajian ulang atau bahkan review segera harus dilakukan untuk menciptakan ketentuan hukum yang tidak hanya adil secara prosedural, namun juga secara substantif.

Masyarakat, penegak hukum dan pemuka agama harus lebih bijaksana dalam melihat dan memandang hal-hal terkait perkawinan beda agama.

DAFTAR PUSTAKA

Abdurrahman dan Riduan Syahrani, *Hukum Perkawinan*, Bandung: Alumni, 1978.

Al-Munawar, Said Agil Husin, *Fiqh Hubungan Antar Agama*, Jakarta: Ciputat Press, 2005.

Amak FZ, *Proses Undang-undang Perkawinan*, Bandung: PT AlMaarif, 1976, 7-11.

Asmin, *Status Perkawinan Antar Agama Ditinjau dari Undang-Undang Perkawinan No. 1/1974*, ttp., Dian Rakyat, 1986.

Assiddiqie, Jimly, *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006.

Cammack, Mark , "Legal Aspect of Muslim-Non Muslim Marriage in Indonesia," dalam Gavin Willis et.al (Ed.) *Muslim-Non Muslim Marriage: Political and Cultural Contestation in Southeast Asia*, Singapore: Iseas Publishing, 2009.

Denzim, Norman K. dan Vyonna S. Lincoln (Eds.), *Handbook of Qualitative Research*, London: Sage Publications, 1994.

Gaus.Gerald F, Handbook of Political Theory (Terj.), Bandung: penerbit Nusa Media, 2012.

Hardiyanto, Budi, *Perkawinan Beda Agama dalam Syari'at Islam*, Khairul Bayan, 2003.

Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum dalam Lintasan sejarah*, Yogyakarta: Kanisius, 1993.

Jones, Gavin W., Heng Leng Chee, Maznah Mohamad, *Muslim-Non-Muslim Marriage: Political and Cultural Contestations in Southeast Asia*, Singapore: Iseas Publishing, 2009.

Juergensmeyer, Mark and Wade Clark Roof (Ed.) *Encyclopedia of Global Religion*, Chapter Religious Freedom; Chapter Religious IdentitySage Publication, 2012.

Kaelan MS, *Negara Kebangsaan pancasila: Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis dan Aktualisasinya*, Yogyakarta: Paradigma, 2013.

Kompilasi Hukum Islam, Buku 1 tentang Perkawinan

Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy* (Terj.) Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004.

Larry Johnston, Politics; An Introduction to the Modern Democratic State, Canada: University of Toronto Press, 2013.

Lathifah, Anthin, dkk., *Kebijakan Hukum terhadap Perkawinan Beda Agama di Jawa Tengah*, Diktis Kementerian Agama, 2013

Latif, Yudi, *Negara Paripurna: Historisitas, Rasionalitas dan Aktualitas Pancasila*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2012.

Lindolm,Tore W., Cole Durham, Jr., Bahia G. Tahzib-Lie (Eds.), *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004

Lukito, Ratno, *Hukum Sakral dan Hukum sekuler Studi tentang Konflik dan Resolusi Sistem Hukum di Indonesia*, Jakarta: Pustaka Alvabet, 2008.

Mahfud, Moh. MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, Jakarta: PT. Raja Grafindo persada, 2011 .

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2011.

Mulia, Musdah, Ahmad Baso dan Ahmad Nurcholis dalam bukunya "*Pernikahan Beda Agama: Kesaksian, Argumen Keagamaan dan analisis kebijakan*, Jakarta: Komnas HAM-ICRP, 2005.

Nasution, Khoiruddin, *Status Wanita di Asia Tenggara: Studi terhadap Perundang-undangan Perkawinan Muslim Kontemporer di Indonesia dan Malaysia,* Jakarta: INIS, 2002,

Nurcholis, Ahmad, *Memoir Cintaku; Pengalaman Empiris Pernikahan Beda Agama,* Yogyakarta: LKiS, 2004.

Rawls, John, *The Theory of Justice*, United States of America: Harvard University Press, 2003.

Rousseau, Jean Jacques, *On The Social Contract*, (Terj. Rahayu surtiati Hidayat dan Ida Sundari Husen, Jakarta: Penerbit Dian Rakyat, 2010.

Seo, Myengkyo "Defining 'religious' in Indonesia: Toward Neither an Islamic nor a Secular State", dalam *Citizenship Studies,* Vol. 16, No. 8. December 2012,

Subekti, R., *Ringkasan tentang Hukum Keluarga dan Hukum Waris*, Jakarta: PT. Intermasa, 1990.

Suhadi, *Kawin Lintas Agama Perspektif Kritik Nalar Islam*, Yogyakarta: LKiS, 2006.

Suhelmi, Ahmad, *Pemikiran Politik Barat*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2007.

Tom S. Clark, The Limits of Judicial Independence, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

LP MA'ARIF NU
Jawa Tengah

PENGURUS WILAYAH
LEMBAGA PENDIDIKAN MA'ARIF

Nahdlatul Ulama

PROVINSI JAWA TENGAH

https://maarifnujateng.or.id

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI

WALISONGO

SEMARANG – INDONESIA

WALISONGO

Hukum Perkawinan Beda Agama di Indonesia

Perspektif Teori Kontrak Sosial

Buku yang berjudul "Hukum Perkawinan Beda Agama di Indonesia: Perspektif Teori Kontrak Sosial" ini, merupakan hasil penelitian penulis tentang perkawinan beda agama di Indonesia, yang masih menimbulkan masalah hukum baik secara normatif ataupun prosedural. Oleh karenanya buku ini menawarkan bagaimana hukum perkawinan agama di Indonesia dilihat dalam perspektif sosial kontrak dengan pendakatan historis dan normatif. Di samping itu apakah ketentuan hukum tentang perkawinan beda agama sesuai dengan nilai-nilai keadilan bagi seluruh warga negara sebagaiana diamanatkan oleh Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 baik keadilan prosedural, distributif maupun normatif.

PENERBIT MUTIARA AKSARA
Perum Sembungharjo Permai Blok B No. 5
Sembungharjo, Genuk - Semarang 50116
Telp. (024) 76587188

ISBN: 978-623-7319-92-4